Die Eigentumsübertragung nach § 930 BGB., insbesondere die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Helmut Rahn
Gerichtsreferendar

1930

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau i. Schl.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatsw. Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Süß

Meinen Eltern gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Kapitel 2

§ 1. Die Begriffe des Eigentums und des Besitzes und ihr Verhältnis zueinander bei der Eigentumsübertragung . 2

§ 2. Begriff des constitutum possessorium und Ueberblick über seine historische und dogmatische Entwicklung . 4

§ 3. Der mittelbare Besitz des BGB. und seine Rolle bei der Uebereignung mittelst constitutum possessorium 6

II. Kapitel 15

§ 4. Die wirtschaftliche Seite der Sicherungsübereignung . 15

§ 5. Die rechtliche Seite der Sicherungsübereignung . . 18

III. Kapitel 24

§ 6. Das Warenlager als Sachgesamtheit 24

§ 7. Rechtliche Begründung der Zulässigkeit der Vorausverfügung im allgemeinen 26

§ 8. Die Eigentumsübertragung mittels des antizipierten Besitzkonstituts 29

IV. Kapitel 31

§ 9. Die Gegner der Uebereignung mittels des antizipierten Besitzkonstituts 31

§ 10. Die Anhänger der Uebereignung mittels des antizipierten Besitzkonstituts. 37

§ 11. Die Rechtsprechung zur Uebereignung mittels des antizipierten Besitzkonstituts. 40

Schlußbetrachtung 45

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.

Ackermann, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, Marburg 1919.

Beer, Das antizipierte Besitzkonstitut. Diss. Greifswald 1915.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB., 3. Aufl., Berlin 1914.

Böhling, Das antizipierte Besitzkonstitut. Diss. Göttingen, 1928.

Bremer, Die Bestimmtheit der Uebereignungsgegenstände bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande. Diss. Göttingen 1928.

Brodmann, in Planck's Kommentar, Bd. III, 4. Aufl. 1920.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB., Berlin 1900.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Berlin 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, Tübingen 1905.

v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 7. und 8. Aufl., Wien-Leipzig 1905.

Düringer, in L.Z. 1911, S. 421.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gr. Beitr., Bd. 47, S. 51 ff.

— Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, in D.J.Z. 1904, Sp. 53 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des Allgemeinen Teils, 12. Bearb., Marburg 1928.

Exner, Gutachten in den Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, 1880, Bd. 1, S. 3.

— Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, 1866.

Flad, in Planck's Kommentar, I. Bd., 4. Aufl., 1913.

Fischer, Das antizipierte Besitzkonsitut, Diss. Rostock 1928.

Furbach, Kann ein ganzes Warenlager mit wechselndem Bestande vom Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit übereignet werden? In L.Z. 1912, S. 902.

Goettelmann, Die Eigentumsübertragung nach § 930 BGB., insbesondere das antizipierte Besitzkonstitut, Diss. Jena 1912.
Harburger, Das constitutum possessorium im römischen und heutigen Recht, Diss. München 1881.
Hedemann, Sachenrecht des BGB. 1924.
Hoddick, Verfügung über künftige Rechte, Diss. Leipzig 1907.
Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 2. Auflage, Mannheim und Leipzig, 1912.
— Der Erwerb des Sicherheitseigentums an nichtbezahlter Ware, in J.W. 1927, S. 627 ff.
Jsay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich, Jena 1900.
v. Jhering, Der Besitzwille, 1889.
Kober, in Staudinger's Kommentar zum BGB., Bd. III., 9. Aufl. 1926.
Kniep, Der Besitz des BGB., Jena 1900.
Kock, Die mittelbare Vertretung beim Fahrniserwerb, insbesondere das antizipierte Besitzkonstitut, Diss. Greifswald 1918.
Kohler, Vertrag und Uebergabe im ArchBürgR., Bd. 18, S. 1ff.
v. Kupsch, Die Stellvertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Diss. Greifswald 1928.
Langhans, Zur Lehre von der Sicherungsübereignung, Diss. Bonn 1913.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht in Jherings Jahrb., Bd. 36, S. 1.
Leonhard, Franz. Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.
— Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag, in Gr.Beitr., Bd. 25, S. 177 ff.
Mansee, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, Diss. Rostock 1914.
Matthes, Das antizipierte Besitzkonstitut und die neuere Rechtsprechung, Diss. Köln 1926.
Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, in Gr.Beitr., Bd. 54, S. 220. ff.
Oertmann, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB., 3. Aufl., 1927.

Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes in Jherings Jahrb., Bd. 50, S. 334.
Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in Jherings Jahrb., Bd. 44, S. 406 ff.
Regula, Das antizipierte Besitzkonstitut, Diss. Göttingen 1926.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Riezler, in Staudinger's Kommentar, Bd. I, 9. Aufl., 1925.
Rosenstock, Der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung, Diss. Breslau 1917.
Sättler, Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, in J.W. 1927, S. 2453.
Salinger, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen inbezug auf die Sicherungsübereignung. Gutachten des 31. Juristentages, I. Bd., S. 409, Berlin 1912.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes.
Schindler, Der Besitzerwerb durch Stellvertreter, Diss. Breslau 1926.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, Breslau 1907.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin-Stuttgart, Leipzig, 1929.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Auflage, 1926.
Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft? Im ArchBürgR., Bd. 26, S. 149 ff.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. in Jherings Jahrb., Bd. 38, S. 1 ff.
v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, in Jherings Jahrb., B. 48, S. 1 ff.
— Verfügung über künftige Forderungen, in D.J.Z., 1904, Sp. 426 ff.
Bd. 8,, S. 20 ff.
Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, Bamberg 1921.
Warneyer, Kommentar zum BGB., Bd. II, Tübingen 1927.
Warschauer, Wann kommt die deutsche Mobiliarhypothek? In Schles. Zeitung Nr. 307 vom 5. 11. 1929.
Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB., im ArchZivPrax., Bd. 87, S. 40 ff.
Wolff, Lehrbuch des Sachenrechts, 8. Aufl., Marburg 1929.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0070

Einleitung.

Das Recht ist kein starres Gefüge unelastischer Normen. Es befindet sich vielmehr in unaufhörlicher Entwicklung, die in der Anpassung an die beständig wechselnden Formen des Verkehrslebens besteht. Aber diese Anpassung darf nicht zur Zerstörung des durch die Rechtsordnung zugesagten Schutzes der Güter führen, die nach denAnschauungen der diese Rechtsordnung tragenden Kulturgemeinschaft schutzwürdig sind. Damit sind die Grenzen gezogen, innerhalb deren die rechtliche Anerkennung der neuen Erscheinungen des aus mancherlei Gründen immer stärker sich komplizierenden Verkehrslebens sich zu halten hat. Es ist damit aber auch die Aufgabe gewiesen, diese auftauchenden Neubildungen auf ihre Vereinbarkeit mit den in den einzelnen Rechtsinstituten sich verkörpernden unwandelbaren rechtlichen Grundbegriffen zu prüfen. Man wird hierbei, um als triftig erkannten Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden, alle Möglichkeiten der die einzelnen Rechtsgebiete beherrschenden Prinzipien zu erkennen und zu nutzen suchen, man wird die volle Weite des Rahmens des Gesetzes auszumessen bemüht sein, und man wird auf der anderen Seite Forderungen an die Ausgestaltung der Neubildungen stellen, die sie für das geltende Recht akzeptabel machen und Garantien für den Fortbestand der Rechtssicherheit schaffen.

Das Verlangen, den im Rechtsleben immer wieder zu beobachtenden unter den genannten Gesichtspunkten sich abspielenden Prozeß der unter dem Druck der Anforderungen des Lebens erfolgenden Expansion eines Rechtsinstituts an einem für das Wirtschaftsleben besonders bedeutsamen Beispiel zu verfolgen und kritisch darzustellen, gab die Anregung zur vorliegenden Arbeit.

I. Kapitel.

§ 1.

Die privatkapitalistische Wirtschaftsordnung, die bis zum Einbruch der sozialistischen Lehren in keinem kulturell entwickelten Lande in Frage stand, findet ihren sinnfälligsten Ausdruck im Begriff des Eigentums, in der Garantie eines absoluten Herrschaftsrechtes über eine Sache, das nur in der das Interesse des Staates selbst wahrenden Rechtsordnung eine Grenze findet. Nach der positiven Seite hin ist mit diesem Herrschaftsrecht dem Eigentümer die Befugnis zur beliebigen Einwirkung auf die Sache gegeben, nach der negativen Seite hin die Befugnis zur Ausschließung Dritter von seinem Eigentum. Dies ist der Inhalt des römischen dominium ex iure quiritium; dasselbe gilt im deutschen Recht für die Fahrnis und so wird es in den Kodifikationen neueren Datums ausgesprochen, mögen ihnen, wie dem französischen von der naturrechtlichen Schule ausgehenden Code civil das Eigentum ein Menschenrecht sein, oder mögen sie, wie die dem deutschen BGB. zu Grunde liegende Auffassung es tut, das Eigentumsrecht als vom Staate geschaffen ansehen.[1]

Aus der Anerkennung der Unantastbarkeit des Eigentums erwächst der Rechtsordnung die Aufgabe des Schutzes des Eigentümers in seinem Rechte. Von großer Bedeutung für die befriedigende Erfüllung dieser Aufgabe aber ist die weitgehende Durchführung des sogenannten Offenheitsprinzips, des Prinzips der Erkennbarkeit des Eigentümers. Diesem Prinzip wird gedient durch die Herstellung enger Beziehungen zwischen Eigentum und Besitz.

Ist das Eigentum ein rechtlicher Inhalt, so ist der Besitz, wenigstens nach seiner hervorragendsten Seite hin, ein tatsächliches räumliches Verhältnis zur Sache, er schließt in sich die

1) Vgl. z. B. Code civil Art. 544, BGB. § 903 und neuestens den Brasilianischen Codigo civil von 1916 in Art. 524, sowie das Schweizerische Zivilgesetzbuch von 1912 (von der Türkei rezipiert) in Art. 641.

Möglichkeit der physischen Herrschaft über sie, die im Normalfall nach außen ohne weiteres erkennbar sein wird. So wird durch ihn in hohem Maße die Durchschaubarkeit der Beziehungen zwischen Person und Sache gefördert.

Aus diesem Grunde spielt der Besitz bei der Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen — nur von solchen ist in der vorliegenden Arbeit die Rede — in fast allen Rechtsordnungen[2] eine entscheidende Rolle, der Erwerb des Eigentums ist geradezu an die Erlangung des Besitzes gebunden.

So war im römischen Recht die Eigentumsübertragung grundsätzlich nur möglich — die deutschrechtliche zur Uebergabe hinzutretende Einigung kannte das römische Recht nicht — durch die den Besitz verschaffende Uebergabe, die Einräumung der tatsächlichen Gewalt. Es galt die lex: traditionibus ... dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.[3] Das Traditionsprinzip wurde allerdings mit der fortschreitenden Entwicklung des wirtschaftlichen Verkehrs modifiziert. Neben der eigentlichen bildete sich eine uneigentliche Tradition heraus, die in der sog. symbolischen Besitzübertragung verwirklicht wurde, wie sie durch Uebergabe eines Schlüssels, einer Urkunde usw. erfolgt.

Das deutsche BGB. übernahm das Traditionsprinzip. Die Uebergabe wurde neben der Einigung das zweite Element der Eigentumsübertragung (§ 929 BGB.)[4] Darüber hinaus hat das BGB. jedoch auch noch für eine Reihe von Fällen positive Vorschriften geschaffen, in denen eine Eigentumsverschaffung durch Uebergabe oder symbolische Besitzübertragung nicht durchführbar ist. Nach § 929 Satz 2 BGB. wird die Tradition unnötig, wenn der Erwerber sich bereits im Besitz der Sache befindet (brevi manu traditio). § 931 BGB. regelt den Fall, daß ein Dritter Besitzer der Sache ist. Alsdann wird die Uebergabe dadurch ersetzt, daß der Veräußerer an den Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt (Vindikationszession). Es wird also auch hier daran festgehalten, daß der Erwerber ein Herrschaftsverhältnis zur Sache haben muß, wenn auch auf das Erfordernis der tatsächlichen Gewaltausübung verzichtet wird.

2) Eine Ausnahme z. B. Frankreich, Code civil, Art. 711 und 1138, wo das Eigentum durch obligatorischen Vertrag übergeht.

3) 1. 2 O, C de pact. II, 3.

4) Eine Ausnahme bildet § 474 HGB.: Das Eigentum an Schiffen und Schiffsparten kann durch bloße Einigung übertragen werden.

§ 2.

Von besonderer Bedeutung ist die Vorschrift des § 930 BGB., die den Eigentumsübergang mittels constitutum possessorium betrifft. Diese Bestimmung sieht den Fall vor, daß der Veräußerer aus irgendeinem Grunde im Besitz der Sache verbleiben, sie z. B. noch weiter benutzen soll. Es kann dann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Diese indirekte Beziehung des Erwerbers zur Sache, deren unmittelbaren Besitz der Veräußerer beibehält, stellt das constitutum possessorium dar. Das so bezeichnete Rechtsinstitut hat im Mittelpunkt heftigster wissenschaftlicher Fehden gestanden; es soll darum hier auf seine Geschichte und seine juristische Konstruktion eingegangen werden.

Dem germanischen Recht war das constitutum possesorium, als dem Offenheitsprinzip widersprechend, nicht bekannt, wohl aber dem römischen Recht, wenn auch nicht unter diesem Namen.[5] Bei Celsus findet sich folgende Stelle: „Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorium ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium".[6] Danach konnte jemand, indem er seinen Besitz mit Zustimmung des Erwerbers in bloße Detention verwandelte, als Prokurator eines anderen diesen zum Besitzer machen. Diese neue Möglichkeit des Besitzerwerbes stand im Gegensatz zur bisherigen Auffassung, nach der die Apprehension der Sache ganz wörtlich zu nehmen war; der Erwerber mußte die Mobilie mit der Hand berühren, das Grundstück betreten.[7] Das constitutum possessorium wurde als eine Verletzung des reinen Traditionsprinzips empfunden, man stellte es der wirklichen traditio als traditio ficta gegenüber und war beflissen, seine Anwendung auf die in den Quellen genannten Fälle zu beschränken. Der Glossator Leyser nannte es „nobilissima

5) Nach Harburger (a.a.O. S. 5) findet sich der Ausdruck zuerst bei Tiraquellus.

6) 1. 18 pr D de adquirenda XLI, 2.

7) Harburger a.a.O. S. 3.

species inter traditiones fictas".[8] Die Anschauungen über den fingierten Traditionscharakter des constitutum possessorium beherrschten die Rechtslehre des gemeinen Rechts, bis Savigny in seiner Schrift „Das Recht des Besitzes" dieser sog. Fiktionstheorie entgegentrat. Er redete einer Verbreiterung des Sachherrschaftsbegriffes das Wort, indem er als ausschlaggebend für jede Besitzergreifung nicht das Berühren der Sache ansah, sondern den Schwerpunkt darauf legte, daß dem Erwerber durch den Uebergangsakt die jederzeit realisierbare Möglichkeit gegeben wurde, die Sache aus den Händen des bisherigen Besitzers in seinen eigenen tatsächlichen Gewaltbereich zu bringen.[9] In der Durchführung dieses Grundgedankens kam Savigny zur Aufhebung des Gegensatzes zwischen der traditio und der traditio ficta; auch die letztere wurde für ihn zu einer echten Tradition, und zwar zu einer solchen durch Stellvertretung, die er für den Besitz ganz allgemein für zulässig hielt. Der bisherige Besitzer erwirbt hier von sich selbst Besitz als Stellvertreter des Erwerbers. Indem auf diese Weise das constitutum possessorium zum Range der echten Tradition erhoben wurde, wurde die Gefahr umgangen, daß es, zum bloßen Vertrage werdend, das Traditionsprinzip illusorisch machte. Praktisch war diese Folge dennoch nicht zu vermeiden, wenn, wie es sich mit Savignys Lehre durchaus vereinbaren läßt, durch bloße Vereinbarung aus dem Besitzer ein Stellvertreter des Erwerbers wurde. Darauf hingewiesen zu haben ist das Verdienst Exners.[10] Er konnte auf den Code civil verweisen, in dem der Eigentumsübergang zum bloßen Vertrag geworden ist.[11] Um den römischen Satz: „traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur" nicht hinfällig werden zu lassen, bedarf es nach Exner für das constitutum possessorium einer causa detentionis, einer rechtlichen Grundlage, die den bisherigen Besitzer ermächtigt, den Besitz auch weiterhin an Stelle des Erwerbers auszuüben. Hierin allein sieht er „den festen Halt in zweifelhaften Konstitutsfällen und die einzige Möglichkeit, das constitutum possessorium

8) Mitgeteilt von Goettelmann, a.a.O., S. 7.
9) Savigny, a.a.O., S. 306.
10) a.a.O., S. 84 ff.
11) Art. 1138: „L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire."

allgemein zuzulassen, ohne die Tradition preiszugeben". Diese Theorie, die Exner durch Hinweis auf die römischen Quellen stützte,[12] verdrängte die das abstrakte Konstitut sanktionierende Stellvertretungslehre Savignys. Sowohl die Wissenschaft (z. B. Kniep, Harburger, Jhering, Windscheid) wie auch die Rechtsprechung[13] schlossen sich mit mehr oder weniger abweichender Begründung ihr an. So heißt es in einem Urteil des Reichsgerichts vom 8. 11. 1881,[14] die Ansicht, das constitutum possessorium sei ein Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter, sei zu verwerfen, denn diese Ansicht führe mit notwendiger Konsequenz dahin, daß die abstrakte Willenserklärung zum Besitzübergange und damit auch zum Eigentumserwerb ausreiche, obwohl doch nach dem römischen Rechtsgrundsatz Willenserklärungen allein zum Eigentumserwerb nicht genügten, sondern die Besitzübertragung hinzukommen müsse. Durch die positive Vorschrift des § 930 BGB. wurde für das Bürgerliche Gesetzbuch der Streit zu Ungunsten des abstrakten Konstituts entschieden.

§ 3.

Es hatte große Mühe gekostet, dem constitutum possessorium gegenüber dem starken Widerspruch der sog. Traditionisten überhaupt Eingang in das BGB. zu verschaffen. Sie wandten sich gegen dieses Institut insbesondere mit der Begründung, es gefährde die Kreditverhältnisse und könne leicht mißbraucht werden, da es die wahre Vermögenslage des Schuldners verschleiere, der, ohne daß es erkennbar geworden sei, seine fahrende Habe durch constitutum possessorium veräußert habe. Diese Bedenken sind nicht von der Hand zu weisen, jedoch das moderne Wirtschaftsleben in seiner Intensität und großen Variation seiner Formen verlangt eine Elastizität der Rechtsordnung, die eine weitgehende und vielfache Einbeziehung aller Wirtschaftsgüter in die wirtschaftlichen Vorgänge ermöglicht. Hierin liegt die Rechtfertigung für die Uebernahme des constitutum possessorium in das geltende Recht. Aufgabe des Gesetzgebers war es allerdings, um die Bedeutsamkeit des Uebertragungsaktes zu wahren und für Zweifelsfälle Anhaltspunkte zu schaffen, die Gültigkeit des

12) 1. 48 D de adquirenda XLI, 2.
13) RGZ. Bd. 5 S. 81, Bd. 24 S. 311; SeuffArch. Bd. 39 Nr. 291.
14) RGZ. Bd. 5 S. 81.

Konstituts von gewissen Voraussetzungen abhängig zu machen, die seinen Charakter als Ersatz der dem Erwerber Gewalt über die Sache verschaffenden Tradition aufrechterhielten. § 930 BGB. fordert darum die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber, das dem letzteren zum mittelbaren Besitzer der Sache macht. Es entsteht also ein doppelter Besitz, der Veräußerer bleibt unmittelbarer, der Erwerber wird mittelbarer Besitzer.

Diese Lösung wurde ermöglicht durch die dem BGB. zu Grunde gelegte Besitzlehre. Savigny hatte für das römische und gemeine Recht den Grundsatz proklamiert, der Tatbestand des Besitzes werde nicht durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt allein erfüllt, sondern es bedürfe noch eines bestimmten Besitzwillens, eines animus rem sibi habendi, der dem Eigenbesitzwillen des BGB. vergleichbar ist. Dieser Satz beherrschte die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Vergebens bekämpfte ihn Jhering, der erklärte, zum Besitz genüge die Innehabung der tatsächlichen Gewalt, das corpus. Das BGB. erst schloß sich ihm an und ließ das Erfordernis des animus rem sibi habendi fallen, wie es auch die römischrechtliche Detention beseitigte, die unentbehrlich war, solange ein so starkes, z. B. vom Mieter und Entleiher gar nicht realisierbares Willensmoment wie der anismus rem sibi habendi Element des Besitztatbestandes war. (Der Begriff war mit der Zeit ohnehin völlig verwässert worden, da in steigendem Maße auch dem Detentor Besitzschutz gewährt wurde.) Indem das BGB. für den Besitzerwerb lediglich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt verlangte, neben die nur der natürliche, auch vom Geschäftsunfähigen (nicht Willensunfähigen) aufbringbare Besitzwille (animus possidendi) tritt, setzte es sich in die Lage, den Besitz in den mittelbaren und unmittelbaren teilen zu können, denn sowohl der unmittelbare wie der mittelbare Besitzer verfügen über die sie jetzt völlig ausreichend als Besitzer kennzeichnende Sachherrschaft. Dem steht nicht entgegen, daß das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache kein tatsächliches, sondern ein vergeistigtes ist: es spiegelt sich in dem die Ueberordnung über den unmittelbaren Besitz fixierenden Rechtsverhältnis, das nach § 868 BGB. den mittelbaren Besitz begründet. Der Besitz wird gestuft; derjenige, in dessen Hand das Verfügungsrecht über die Sache ruht, ist der Oberbesitzer, der andere ist nur auf Zeit ihm gegenüber zur

Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache berechtigt oder verpflichtet, er ist Unterbesitzer. Man kann auch von einer Besitzvermittlung sprechen: der Unterbesitzer vermittelt dem Oberbesitzer durch das ihn mit diesem verbindende Rechtsverhältnis den Besitz in seiner geistigen Form. Der Unterbesitzer wird darum auch Besitzmittler genannt. Der Besitz beider ist vollwertig: beiden wird Besitzschutz gewährt.

Ein solches Besitzmittlungsverhältnis, das auch dem Erwerber Besitz verschafft, macht also nach § 930 BGB. erst das constitutum possessorium gültig. Damit ist die Eigentumsübertragung mit einfachem Besitzvorbehalt, eben das sog. abstrakte Konstitut, für das BGB. verworfen, und die Individualisierung des Konstituts wird zur Forderung erhoben.[15] Durch seinen Wortlaut (ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber mittelbaren Besitz erlangt) verweist § 930 BGB. auf § 868 BGB., der nähere Angaben darüber enthält, wie ein Rechtsverhältnis beschaffen sein muß, das zur Entstehung mittelbaren Besitzes führen soll. In dieser Bestimmung werden zunächst einige Vertragstypen — dingliche und schuldrechtliche —, nämlich Nießbrauch, Pfandvertrag, Pacht, Miete und Verwahrung genannt, und dann werden ähnliche Verhältnisse, vermöge deren der Inhaber der tatsächlichen Gewalt einem anderen gegenüber „auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist", zur geeigneten Grundlage für den mittelbaren Besitz erklärt.

Die Frage, wann ein solches Verhältnis vorliegt, wird dank des nicht eindeutigen Wortlautes des Gesetzes in der Literatur verschieden beantwortet. Zweifelhaft ist vor allem, welche Rolle dem Relativsatz: „vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist" zuzuweisen ist.

Der Streit geht zunächst darum, ob der Relativsatz bereits alle Merkmale enthält, die ein ähnliches Verhältnis zu einem solchen stempeln, oder ob er nur den zeitlich begrenzten Besitz als besonders wichtiges Charakteristikum aller gemeinten, also auch der namentlich aufgeführten Rechtsverhältnisse hervorheben will.

---

15) Vgl. hierzu RGR.-Komm. zu § 930, S. 257; RGZ. Bd. 49 S. 170, Bd. 54 S. 396, Bd. 98 S. 133.

Die erstere Auffassung vertritt z. B. Wendt.[16] Folgerecht gelangt er dazu, aus der zeitlichen Begrenzung des Betriebes das Erfordernis eines Herausgabeanspruchs zu konstruieren, den er für das ausschlaggebende Aehnlichkeitsmerkmal ansieht.[17] Ihm ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz Herausgabeansprüche kennt, die zweifellos kein Besitzmittlungsverhältnis zu begründen vermögen. Es sei an die §§ 985 und 1007 BGB. erinnert. Ein Herausgabeanspruch allein, der ja auf einem bloßen Versprechen ohne bestimmten Verpflichtungsgrund beruhen kann, läßt aus einem abstrakten Konstitut noch nicht ein konkretes werden.[18] Einzuwerfen ist hier auch, daß eine Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz auch ohne unbedingten Herausgabeanspruch bestehen kann.[19] Die Abstellung auf den Herausgabeanspruch wird denn auch von der Rechtsprechung strikt abgelehnt.[20] Aus dem Relativsatz ist nur herauszulesen, daß das Verhältnis so geartet sein muß, daß es eine Endigung des Besitzes des unmittelbaren Besitzers in dieser oder jener Form, aber eben nicht unbedingt auf Grund eines Herausgabeanspruches vorsieht, z. B. (bei der Sicherungsübereignung kommt dies vor) durch Rückfall des Eigentums an den Schuldner nach Tilgung der Schuld. Es ist zwar zuzugeben, daß das Rechtsverhältnis in den meisten Fällen einen, wenn auch nur bedingten, Herausgabeanspruch enthalten wird (§ 870 BGB steht deshalb der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen), aber er ist aus den eben genannten Gründen für das Rechtsverhältnis nicht charakteristisch genug, um als ausreichendes Aehnlichkeitsmerkmal gelten zu können.

Nein, aus dem Relativsatz allein kann das Aehnlichkeitsmerkmal nicht erschlossen werden, es müssen noch andere, aus der Natur der in § 868 aufgeführten Nominatkontrakte zu abstrahierende Symptome vorhanden sein, um dieAehnlichkeit evident werden zu lassen. Diese Ansicht hat sich in der Literatur durchgesetzt. Die Anforderungen, die an das ähnliche Verhältnis gestellt werden, sind allerdings verschieden.

16) a.a.O., S. 48; vgl. auch Bruns a.a.O., S. 159.
17) Vgl. auch Böhling a.a.O., S. 79.
18) Vgl. hierzu RGZ. Bd. 49 S. 170.
19) Vgl. RGR.-Komm. zu § 868, S. 23
20) z. B. RG. in JW. 1913, S. 423 (dort auch Beispiele für eine andere Form der Endigung des unmittelbaren Besitzes); Gr. Beitr. Bd. 57 S. 434.

Strohal[21] meint, dem Mittler müsse der Besitz vom mittelbaren Besitzer anvertraut sein, sagt aber selbst, daß auch der Ehemann und Testamentsvollstrecker, denen der Besitz kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf ein besonderes Vertrauen zusteht, mittelbare Besitzer seien. Es ist dem Einwurf Leonhards[22] beizustimmen, daß Strohal das Merkmal des Anvertrauens aufgibt, wenn er die von ihm selbst genannten Fälle mit der Bemerkung motiviert, der unmittelbare Besitzer erlange auch hier auf Grund eines dem mittelbaren Besitzer gegenüber wirksamen Rechtsverhältnisses den Besitz, worin die Aehnlichkeit mit Miete und Pacht liege. Strohal gesteht damit die Fähigkeit, Besitz zu vermitteln, auch solchen Rechtsverhältnissen zu, bei denen die Sache nicht anvertraut ist.

Auf den richtigen Weg führt die Anschauung Leonhards.[23] Er macht zum Kriterium eine Vermögensminderung auf seiten des Erwerbers zu Gunsten des Mittlers. Er meint, der Mittler erwerbe den Besitz immer auf Kosten des fremden Vermögens, und daher bringe der mittelbare Besitzer stets ein Vermögensopfer; dies Opfer sei in den meisten Fällen die Ueberlassung eben des Besitzes. Nimmt man nun noch hinzu, daß, wie der Relativsatz ausspricht, diese überlassene Sachherrschaft nicht auf die Dauer berechnet sein darf, sondern dem Erwerber — wenn auch nur unter gewissen Voraussetzungen — das Recht verbleibt, die Sache an sich zu ziehen oder anderweit über sie zu verfügen, so ergibt sich als Merkmal der Aehnlichkeit, daß der Mittler seinen Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableiten muß. Um diesem Gebot gerecht zu werden, bedarf die zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer herzustellende rechtliche Beziehung einer durchaus prägnanten, über die Ableitung klaren Aufschluß gebenden Struktur. Aus dem Verhältnis muß auf der einen Seite zu erkennen sein, daß der mittelbare Besitzer um eines bestimmten, von ihm und dem unmittelbaren geschaffenen rechtlichen Grundes willen auf die an sich ihm zustehende tatsächliche Gewalt verzeichnet hat, während auf der anderen Seite die fortdauernde Verbundenheit des mittelbaren Besitzers mit der Sache präzisiert und rechtlich fundiert werden muß. Diesen Anforderungen vermag nur ein konkret bestimm-

21) a.a.O., S. 20 ff.
22) Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 61.
23) a.a.O., S. 61, 62.

tes, schuldrechtliches oder dingliches Rechtsverhältnis zu genügen, ein Rechtsverhältnis, bei dem die vom mittelbaren Besitzer abgeleitete Besitzberechtigung sich in einem auf Zeit berechneten Nutzungsrecht oder einer Verwaltungspflicht manifestiert. Dies ist auch der Standpunkt des RG. in einem Urteil in RGZ. Bd. 49, S. 170 ff.[24] Die Literatur stimmt mit der Rechtsprechung überein. Es läuft auf die hier vertretene Auffassung hinaus, wenn Kober[25] sagt: „Die gemeinsame Voraussetzung liegt demnach darin, daß der Besitz von dem mittelbaren Besitzer, also mindestens mit dessen Willen, an den unmittelbaren Besitzer als Besitzmittler gekommen sein muß.. Es muß genügen, daß das Besitzgrundverhältnis als Ganzes und allgemein gedacht von dem mittelbaren Besitzer sich ableitet." Ebenso vertritt der Reichsgerichtsräte-Kommentar die Ansicht des Reichsgerichts. Er hebt daneben noch besonders das Moment der sicherzustellenden Herrschaft des mittelbaren Besitzers über die Sache hervor und sagt:[26] „Die Anforderung des Gesetzes geht nur dahin, daß der andere die Sache von einem zukünftigen Zeitpunkt ab eben auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses an sich zu ziehen und auf diese Weise seine bisherige mittelbare Beziehung zu einer unmittelbaren zu gestalten vermag." Daraus folgert der Reichsgerichtsräte-Kommentar aber nicht, daß ein unbedingter Herausgabeanspruch bestehen müsse, sondern er meint: „Hat der mittelbare Besitzer den Herausgabeanspruch auch nur bedingungsweise und ist andererseits auch gerade vorgesehen, daß der Herausgabeanspruch unter gewissen Umständen zu Gunsten des unmittelbaren Besitzers erledigt sein soll, so ist doch immer noch die gesetzliche Anforderung erfüllt, daß während des Bestehens des Verhältnisses der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren Besitzer nur auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist." Mit diesen Worten wird der Inhalt der dem mittelbaren Besitzer verbleibenden Sachherrschaft sehr glücklich aufgezeigt. Die

24) Uebereinstimmend ferner RGZ. Bd. 54 S. 396, SeuffArch. Bd. 66 Nr. 51, Recht 1913 Nr. 1928.
25) Bei Staudinger zu § 868, S. 67.
26) a.a.O., zu § 868, S. 23.

vorstehenden Anschauungen bestätigen z. B., ohne Neues zu bringen, Achilles-Greiff,[27] Soergel[28] und Staub.[29]

Es sei hier noch auf die interessante Tatsache hingewiesen, daß nach der herrschenden Meinung Rechtsgültigkeit des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses nicht erforderlich ist.[30] Dies zeigt, bis zu welchem Grade die Vergeistigung des Sachherrschaftsbegrifes fortgeschritten ist. Der Wunsch der Parteien, die mittelbare Herrschaft des einen Kontrahenten über die Sache fortdauern zu lassen bezw. sie zu begründen, erweist sich, sofern er sich nachdrücklich genug, nämlich in dem ernstlich gemeinten Abschluß eines von § 868 BGB. geforderten Rechtsverhältnisses bekundet, als ausreichend, mittelbaren Besitz und die mit ihm verknüpften Befugnisse zu verleihen. Die Rechtsungültigkeit darf allerdings nicht auf Geschäftsunfähigkeit eines der Kontrahenten oder auf dem Mangel an Vertretungsmacht beruhen, denn in diesen Fällen ist ein rechtsgeschäftlicher Wille, dem Rechnung zu tragen wäre, gar nicht vorhanden.

Die Vergeistigung der Sachherrschaft bis zu der Konsequenz, daß selbst ein rechtsungültiges Rechtsverhältnis mittelbaren Besitz zu begründen vermag, legt den Gedanken nahe, es handele sich beim mittelbaren Besitz um eine Installierung des vom BGB. verworfenen römischen Besitzwillens, da es so scheinen kann, als stehe hinter dem Rechtsverhältnis auf seiten des mittelbaren Besitzes als entscheidender Faktor ein dem animus rem sibi habendi entsprechender Wille. Isay erhebt auch in der Tat diesen Vorwurf. Er sagt:[31] „Dadurch, daß man das erforderte Rechtsverhältnis funktionell betrachtet und sich allein auf die Anerkennung des Oberbesitzers durch den unmittelbaren Besitzer beruft, wird der Besitzwille des römischen Rechtes durch eine Hintertür in das BGB. hineingeschmuggelt." Diese Ansicht geht fehl. Nicht der elementare Besitzwille in seiner besitzverschaffenden Autorität taucht hier auf, sondern es liegt vielmehr so, daß die Parteien durch den Abschluß eines Rechtsverhältnisses, das — mag es rechtswirksam sein oder nicht — die Ableitung des unmittelbaren

27) a.a.O. zu § 868, S. 478.
28) a.a.O. zu § 868, S. 11.
29) a.a.O. Anm. 97 zu § 368 HGB., S. 683/684.
30) Vgl. z. B. RGZ. Bd. 86 S. 262 ff., Bd. 98 S. 133 ff.; RGR.-Komm. zu § 868, S. 23; Kober bei Staudinger S. 69.
31) a.a.O., S. 276.

Besitzes dartut, dem Lebensverhältnis des mittelbaren Besitzes ihre Sanktion erteilen wollen. Sie projizieren — mit anderen Worten — ihre Absicht der Aufrechterhaltung des Oberbesitzes, der ebenso ein tatsächliches Verhältnis ist wie der unmittelbare Besitz, mittels eines vom Gesetz geforderten und ihm genügenden Rechtsverhältnisses in die rechtliche Welt hinein. Zutreffend spricht es Beer aus:[32] „Die Vergeistigung des Sachherrschaftsbegriffes, die in dem Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes zum Ausdruck kommt, beruht nicht auf einer gültigen Rechtsbeziehung zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer, sondern auf der Anerkennung der Beteiligten eines von ihnen für rechtlich bestehend gehaltenen Lebensverhältnisses, durch das der mittelbare Besitzer auf Zeit an der Ausübung des unmittelbaren Besitzes verhindert ist."

Wenn nun auch, wie dargelegt, beim mittelbaren Besitz der Besitzwille ebenso wenig wie im Besitzrecht überhaupt eine Rolle spielt, so ist doch festzustellen, daß, wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, bei der Begründung des mittelbaren Besitzes subjektive Elemente stark mitwirken. Man darf daraus aber nicht so weitgehende Folgerungen ziehen, wie Beer es tut.[33] Es ist vielmehr an der Formel festzuhalten, daß der Besitzmittler, wenn der andere mittelbaren Besitz erwerben soll, seinen unmittelbaren Besitz vom anderen ableiten muß. Es hat dabei zu verbleiben, daß diese Ableitung durch ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis zu dokumentieren ist, das allerdings — mag es auch rechtsunwirksam sein — ernstlich gewollt sein muß. Dies erfordert seine Funktion, für die Gewichtigkeit der von den Parteien beabsichtigten Gestaltung der Besitzverhältnisse Garantien zu geben, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, daß auch dem nur mittelbar Besitzenden Dritten gegenüber Mittel zur Wahrung seines Interesses an der Sache zur Verfügung gestellt werden. Dies ist aber auch seine einzige Funktion, soweit die Schaffung mittelbaren, Dritten gegenüber geschützten Besitzes in Frage kommt; ihr wird Genüge getan, wenn nur das Rechtsverhältnis die Anerkennung des unmittelbaren Besitzers enthält, den Besitz dem anderen Beteiligten zu verdanken und ihm gegenüber sich nur

32) a.a.O., S. 34.
33) a.a.O., S. 33 ff.

auf Zeit zum Besitze für berechtigt zu halten. Diese Wirkung wird aber auch durch ein unwirksames Rechtsverhältnis verbürgt, an dessen Gültigkeit die Parteien glauben. Die Ableitung des unmittelbaren Besitzes auf Grund eines konkret bestimmten Rechtsverhältnisses bleibt darum die Legitimation des mittelbaren Besitzers, die ihn autorisiert, Angriffe Dritter, die seine Herrschaft über die Sache in Frage stellen, abzuwehren. (§§ 861, 862 in Verb. mit § 869 BGB.)

Als Beispiel für ähnliche Verhältnisse gemäß § 868 BGB. seien genannt die Leihe[34], der Kommissionsauftrag, das Treuhandverhältnis und — mit Bedenken — der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt.[35] Die Vertragsfreiheit des BGB. gestattet natürlich auch, an Stelle eines gesetzlich geregelten Vertrages ein Rechtsverhältnis anderen Inhaltes zu vereinbaren, das den oben formulierten Anforderungen genügt.[36]

Mit der Entwicklung der Grundsätze des unmittelbaren Besitzes ist auch das Fundament der Uebereignung mittels constitutum possessorium aufgezeigt, denn sie wird ja durch Vereinbarung eines mittelbaren Besitz des Erwerbes begründenden Rechtsverhältnisses bewerkstelligt. Nicht abzuleugnen ist, daß in der Zulassung der Uebereignung mittels Besitzkonstitut ein teilweiser Verzicht auf das das Sachenrecht beherrschende Offenheitsprinzip liegt. Es wird aber ein gewisser, als ausreichend anzusehender Ersatz für die mangelnde Ersichtlichkeit der Eigentumsverschiebung dadurch geschaffen, daß die Kontrahenten durch § 930 BGB. verpflichtet werden, ihren Rechtsbeziehungen einen bestimmten, kontrollierbaren Inhalt zu geben, auf den zurückgegangen werden kann, um aus ihm einwandsfreien Aufschluß über die Eigentumsverhältnisse zu erlangen. Das bei der Uebereignung mittels Konstitut angewandte Verfahren kann man ein „summarisches" nennen. Denkbar wäre ja auch, daß die Sache dem Erwerber übergeben wird, worauf er sie, mit dem Veräußerer ein entsprechendes Rechtsverhältnis vereinbarend, diesem wieder überläßt. Es wird somit durch das constitutum possessorium das Hin- und Hergehen der Sache erspart. Hiergegen ist auch

34) Vgl. RGZ. Bd. 57 S. 178.

35) Vgl. RGZ. Bd. 59 S. 298, Bd. 69 S. 197. Doch genügt nicht die erst nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes, vgl. RGZ. Bd. 49 S. 170, Bd. 54 S. 396; JW. 1913 S. 492.

36) Vgl. RG. in JW. 1910 S. 706.

vom Standpunkt der strengsten Auffassung über die Bedeutsamkeit der Tradition nichts einzuwenden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Sinn der Uebergabe, deren Wirkung doch in erster Linie auf die Außenwelt berechnet ist, durch sofortige Rückgabe an den Veräußerer unter gleichzeitigem Abschluß eines Besitzberechtigung verschaffenden Rechtsverhältnisses illusorisch gemacht werden kann. Die Uebergabe würde unter solchen Umständen gar keine Gelegenheit haben, wirksam in Erscheinung zu treten, sie würde zu einem rein formalen Akt herabsinken. Dem wichtigen Gedanken von der zu wahrenden Bedeutung des Uebertragungsaktes würde gerade dadurch schwerer Schaden zugefügt, während auf der anderen Seite eine erhebliche Erschwerung des Rechtsverkehrs einträte, die sich besonders bei der Uebereignung von Sachgesamtheiten, etwa von Warenlagern, bemerkbar machen würde.

II. Kapitel.

§ 4.

Solche Uebereignungen von Warenlagern pflegen zu Sicherungszwecken vorgenommen zu werden; sie sind sehr häufig geworden. Dies hängt eng mit der Entwicklung des Wirtschaftslebens zusammen, mit dem aus seiner Komplizierung folgenden, ständig wachsenden Kreditbedürfnis aller Wirtschaftskreise. Die zunehmende Anspannung des Kredits, die im einzelnen Falle immer häufiger die Vermutung einer bereits anderweit erfolgten Inanspruchnahme des Kredits nahelegt, bewirkte naturgemäß ein starkes Zurückgehen des Personalkredits; er enthielt ein zu großes Risiko für den Kreditgeber. Der Realkredit trat mehr und mehr an die erste Stelle. Für immobile Werte blieb die Hypothek das ideale Mittel zur Ausnutzung des Grund und Bodens für Kreditzwecke. Die Pfandbestellung an beweglichen Sachen erwies sich jedoch mehr und mehr als ungenügend, und zwar wegen der vom Gesetz geforderten Uebergabe der Pfandsache (§ 1205 BGB.). Es wurde unter dem Einfluß der angespannten Kreditverhältnisse immer stärker als Mangel empfunden, daß der Gesetzgeber nicht die Möglichkeit vorgesehen hatte, alle vorhandenen Vermögenswerte dem Kredit dienstbar zu machen, sondern daß nur Sachen, deren Besitz entbehrt werden konnte, für die Befriedigung des Kreditbedürfnisses verwendbar waren. Beson-

ders litten unter diesem Zustande jene Kreise, deren Vermögen hauptsächlich in den zur Fortführung ihrer Existenz notwendigen Warenlagern oder maschinellen Einrichtungen verkörpert ist. Ihnen kam die Rechtsprechung zu Hilfe, indem sie die Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut zuließ.[37] Die Literatur hat sich dem Reichsgericht angeschlossen, jedoch nur zögernd und unter Hervorkehrung starker Bedenken sowohl wirtschaftlicher wie rechtlicher Art.[38] Der entschiedenste Gegner der Sicherungsübereignung war Hoeniger.[39] Jetzt freilich hat er resigniert und erkennt die Sicherungsübereignung als Bildung des Gewohnheitsrechts an,[40] wie es auch Martin Wolff[41] und Enneccerus[42] tun. Hoenigers wirtschaftliche Erwägungen gipfeln in folgendem:[43] Er leugnet, daß die neue Kreditform der Sicherungsübereignung dem Verkehrsbedürfnis diene, da sie nur in seltenen Fällen wirkliche Hilfe bringe, nämlich wenn es sich um eine vorübergehende Schwächung des Unternehmens aus unvorhergesehenem Anlaß handeln. In der weitaus größten Mehrzahl der Fälle helfe sie jedoch nur, den Todeskampf von Unternehmungen, die durch Sicherungsübereignung ihres Sachvermögens ihre Kapitalkraft zerstören, zum Schaden der Gläubiger zu verlängern. Hoeniger sieht eine große Gefahr darin, daß die Sicherungsübereignung regelmäßig nicht zu neuem Kredit führe, sondern die Tendenz zum Dauerkredit habe, indem sie gewöhnlich zur Deckung schon bestehender, entweder übermäßiger oder zweifelhaft gewordener Kreditierungen benutzt werde. Sie eröffne darum dem gewerblichen Mittelstand gar keine neue Keditquelle, wie es ihr nachgesagt werde. Seine Besorgnis, die Sicherungsübereignung werde den volkswirtschaftlich ungesunden Dauerkredit fördern, stützt sich auf die Ausführungen von Weyer-

37) Vgl. z. B. RGZ. Bd. 57 S. 175; Bd. 59 S. 146; JW. 1911 S. 181; RGZ. Bd. 113 S. 57, Bd. 118 S. 361 u. a.

38) z. B. Enneccerus, a.a.O., S. 365; Wolff, a.a.O., S. 616; Przibilla in JW. 1911 S. 300.

39) Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. 2. Aufl., 1912.

40) Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware, in JW. 1927 S. 627.

41) a.a.O., S. 616.

42) a.a.O., S. 365.

43) Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, S. 40 ff.

mann,[44] der für das Immobiliarkreditwesen nachgewiesen hat, daß der wirtschaftliche Antrieb, die Schuld zu begleichen, unter dem Umstande leidet, daß der Schuldner die Sache nicht entbehren muß, was schon vor dem Weltkriege zu weitgehender Bodenverschuldung führte. Nach Hoeniger erfordert ein gesundes Wirtschaftsleben, daß eine Sache entweder Gebrauchsgegenstand oder Kreditmittel sei. Aehnlichen Gedankengängen entspringen die Ausführungen Brodmanns.[45] Die Ausführungen Hoenigers mögen für die Zeit vor dem Weltkriege, auf die sie gemünzt sind, stark ins Gewicht fallen. Seitdem jedoch haben sich die Verhältnisse in hohem Maße geändert. Deutschland ist aus einem Gläubigerstaat ein Schuldnerstaat geworden.[46] Nicht mehr befinden sich einzelne gewerbliche Existenzen in der Gefahr des Unterganges, sondern eine schwere Krisis hat die gesamte Wirtschaft ergriffen. Dies wandelt naturgemäß die Gesichtspunkte, unter denen die Sicherungsübereignung anzusehen ist. Sie ist heute ein wertvolles Mittel geworden, ganzen Erwerbsständen die Fortführung der Existenz zu ermöglichen, durch deren Niederbruch unabsehbare Erschütterungen des Wirtschaftslebens heraufgeführt werden würden. Diesen Erwägungen gegenüber müssen die von Hoeniger geäußerten Bedenken verblassen. Ein bedeutsames Argument gegen die Sicherungsübereignung bleibt aber ihre Heimlichkeit, die die wahre Vermögenslage des Schuldners verschleiert und somit Gelegenheit zu mannigfachen Schiebergeschäften bietet.[47] Auf diesen Einwurf ist zu erwidern, daß es zu weit gehen würde, der Möglichkeit der unreellen Ausnutzung das ganze Institut zu opfern, das ganz anders gerichteten Impulsen seine Entstehung verdankt. Die Unersichtlichkeit ist eben ein Moment, das bei jeder Uebereignung durch Konstitut sich geltend macht.[48]

---

44) Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen mit besonderer Nutzanwendung auf die Theorie der Bodenverschuldung, 1910.

45) Bei Planck, a.a.O., S. 371.

46) Melchior in Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, S. 204.

47) Vgl. hierzu z. B. Furbach a.a.O., der behauptet, die Sicherungsübereignung verstoße, wenn sie das ganze Warenlager umfasse, gegen die in § 15 a GewO. zum Ausdruck gebrachte Auffassung des ehrlichen Kaufmannes von der Grundlage des redlichen Handelsverkehrs.

48) vgl. oben.

§ 5.

Was die rechtliche Seite der Sicherungsübereignung anbelangt, so ist man sich einig darüber, daß aus dem Umstande, daß das juristische Mittel der Eigentumsübertragung über den wirtschaftlichen Zweck der Sicherungsübereignung hinausgeht, die Ungültigkeit des Instituts nicht hergeleitet werden kann; denn die Zulässigkeit der sogenannten fiduziarischen Geschäfte, deren Charakteristikum eben in der Divergenz zwischen dem wirtschaftlichen Zweck und dem seiner Durchführung dienenden juristischen Mittel besteht, ist für das geltende Recht allgemein anerkannt.[49] Hierzu zwingt schon der Grundsatz von der Absolutheit des Eigentums, das seine Loslösung von der seiner Uebertragung zu Grunde liegenden causa mit sich bringt, so daß es darauf nicht ankommen kann, ob eine Eigentumsübertragung z. B. auf Umsatz gerichtet ist oder nur zur Sicherung einer Forderung erfolgt.[50] Ein solches fiduziarisches Geschäft und kein Scheingeschäft ist aber die Sicherungsübereignung, sofern nur der Wille der Parteien ernstlich auf Uebertragung des Eigentums gerichtet ist, also ein Gegensatz zwischen Wille und Erklärung — das Merkmal des Scheingeschäfts — nicht vorhanden ist. Selbstverständlich wird auch durch die Sicherungsübereignung volles Eigentum übertragen, ein Teileigentum gibt es im BGB. nicht. Dies hebt der Reichsgerichtsräte-Kommentar besonders hervor,[51] wobei er sich scharf gegen ein Gutachten des Reichsfinanzhofes[52] wendet. Der Reichsfinanzhof sieht die Sicherungsübereignung als verschleierte Pfandbestellung an, die er — sehr widerspruchsvoll — trotz § 1205 BGB. für wirksam hält. Der Reichsfinanzhof will den Sicherungsgeber als Eigentümer der von ihm übereigneten Sachen behandeln, wobei er sich auf § 80 Abs. I Satz I R.A.O. stützt, nach dem wie ein Eigentümer zu behandeln ist, wer eine Sache als ihm gehörig besitzt. Dies bedeutet, daß neben dem vollen Eigentum noch ein zweites, durch den

49) Vgl. z. B. Enneccerus a.a.O., S. 365; Oertmann a.a.O., S. 383,
50) Vgl. hierzu Kober in Staudinger S. 451.
51) Bd. III, S. 261.
52) Vom 8. 6. 26 in Sammlung von Entscheidungen RFH. Bd. 19 S. 126 ff. Gegen das Gutachten wendet sich auch in Urteil des RG. vom 9. 4. 1929 in RGZ. Bd. 124 S. 73.

bloßen Sicherungszweck in seiner Kraft gebrochenes Eigentum konstatiert wird. Dieser Angriff auf die Autorität des Eigentums, der das Grundgefüge des Sachenrechts bedroht, ist mit Entschiedenheit zurückzuweisen. Es handelt sich bei der Sicherungsübereignung nicht um eine bloße Verfügungsbeschränkung des Sicherungsgebers, sondern er hat durchaus aufgehört, die Sache als ihm gehörig zu besitzen. Seine Befugnisse, die er an der Sache noch hat, stammen aus dem von § 930 BGB. geforderten Rechtsverhältnis, sie sind vom Eigentümer, dem Sicherungsnehmer, nur abgeleitet.

Wiederholt findet sich die Behauptung, die Sicherungsübereignung sei eine verschleierte Verpfändung, eine Umgehung des § 1205 BGB.[53] Dieser Vorwurf ist m. E. ungerechtfertigt. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Sicherungsmöglichkeiten bei beweglichen Sachen sich im Faustpfand erschöpfen sollen.[54] Es spricht sogar in § 223 Abs. II BGB. von zur Sicherung eines Anspruchs übertragenen Rechten. Daß in diese Rechte auch das Eigentum einzubeziehen sei, sucht Hoeniger[55] mit dem Hinweis zu widerlegen, daß das Gesetz ausnahmslos scharf zwischen der Uebertragung des Eigentums und der Uebertragung von sonstigen Rechten unterscheide. Die angezogenen Gesetzesbestimmungen vermögen jedoch nicht zu überzeugen: In den §§ 433, 1381, 1551 Abs. II BGB. werden gar nicht Eigentum und sonstiges Recht einander gegenübergestellt, sondern Sache und Recht; das ist etwas ganz anderes. Diese Gegenüberstellung ist durch die Terminologie des Gesetzes, nach der unter Sachen nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind (§ 90 BGB.), durchaus geboten. In § 1821 Ziff. 2 BGB. und Art. 189 EG. BGB. ist die Zerlegung in Eigentum und sonstige Rechte ohne Zweifel aus redaktionellen Gründen erfolgt. In beiden Fällen schließt sich nämlich an die Erwähnung der sonstigen Rechte eine nur

53) z. B. Düringer a.a.O.; Enneccerus S. 366; Wolff S. 616; vgl. auch Riezler bei Staudinger S. 469; Hoeniger spricht a.a.O. S. 37 von einem Geschäft in fraudem legis. Als Gesetzesumgehung erklärt auch der Oesterreich. Oberste Gerichtshof jede Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut für unwirksam (Urt. v. 16. 3. 27 im Ztr.Bl. f. jur. Prax. 1927, S. 367).

54) Vgl. Kober bei Staudinger S. 451. In seinem Urteil vom 11. 3. 1904 (RGZ. Bd. 57 S. 177) sanktioniert auch das RG. die Sicherungsübereignung mit Hinweis auf § 223, Abs. II BGB.

55) a.a.O., S. 39.

für diese in Frage kommende weitere Regelung an, die am bequemsten dadurch in eine klare Form zu bringen war, daß man von vornherein das Eigentum von den Rechten an Sachen ausnahm und es vorweg behandelte. Da bei der Abfassung des § 223 Abs. II eine solche Rücksicht nicht zu nehmen war, hat sich der Gesetzgeber damit begnügt, ganz allgemein von Rechten zu sprechen, die zur Sicherheit übertragen werden. Daß er darunter auch das Eigentum verstanden wissen wollte, bezeugen zudem ausdrücklich die Motive.[56] Dem Vorwurf der Gesetzesumgehung ist auch folgende Erwägung entgegenzuhalten: Die Bestimmung des § 1205 BGB. beruht nicht allein auf dem dem gesamten Sachenrecht gleichmäßig innewohnenden Offenheitsprinzip, sondern es soll vor allem auch die Befriedigung des Gläubigers aus der Sache, die für seine Forderung haftet, sichergestellt werden. Dieser besonderen Sicherung des Gläubigers durch Verschaffung des unmittelbaren Besitzes bedarf es, weil er an der Sache lediglich das Verwertungsrecht im Falle der Nichtzahlung hat, während das Eigentum beim Schuldner verbleibt. Bei der Sicherungsübereignung durch Konstitut sind die Verhältnisse anders gelagert. Der Gläubiger hat keinen unmittelbaren Besitz, der die Ergänzung seines Verwertungsrechte bildet. Dafür jedoch ist sein Recht an der Sache bedeutend stärker, ja, er hat das stärkste Recht an ihr, das Eigentum, das der Schuldner zu seinen Gunsten verloren hat. Es ist hier also ein Ausgleich erfolgt, der zeigt, daß die Sicherungsübereignung dem Pfandrecht gegenüber ihre Eigenart wahrt. Man kann daher nicht von einer Umgehung der Pfandrechtsbestimmungen sprechen. Es ist aber berechtigt, Pfandrecht und Sicherungsübereignung um ihres übereinstimmenden wirtschaftlichen Zweckes willen in Parallele miteinander zu stellen. Nach verschiedenen, mit dem reinen Sicherungszweck in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Seiten hin ist es denn auch zu einer gleichartigen Behandlung beider Institute gekommen. Einmal hat das RG. dem Sicherungsnehmer im Konkurse des Schuldners nur ein Absonderungs-, kein Aussonderungsrecht zugebilligt,[57] eine Regelung, die, wie der RGR.-Komm. richtig hervorhebt,[58] aus der Eigenart des Konkurses zu erklären ist, „der zu einer sofortigen und

56) I, S. 345.
57) z. B. RGZ. Bd. 24 S. 25, Bd. 91 S. 15 und 280, Bd. 118 S. 209.
58) Bd. III, S. 262.

endgültigen Regelung des gesamten Verhältnisses zwingt. Dabei darf der Sicherungsnehmer die Sache nicht gleichzeitig aussondern und wegen seiner ganzen Forderung Befriedigung aus der Masse verlangen. Das widerspricht dem Sicherungsübereignungsvertrage". Der Konkurs ist in der Tat ein geeigneter Fall, aus dem reinen Sicherungszweck der Uebereignung weitgehende Folgerungen zu ziehen, um eine von den Parteien nicht gewollte und unbillige doppelte Befriedigung zu vermeiden. Diesem Ergebnis stimmt auch Wolff zu.[59]

Noch intensiver wirkt sich der reine Sicherungszweck der Sicherungsübereignung im Konkurse des Sicherungsnehmers aus: Hier steht nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[60] dem Sicherungsgeber ein Aussonderungsrecht zu. Auch bei diesem Falle verdient um der Eigenart des Konkurses willen der Sicherungszweck besondere Berücksichtigung. Der Konkurs erfaßt automatisch das Vermögen des Schuldners zwecks Verwertung im Interesse der Gläubiger; er beraubt den Schuldner der mit dem Eigentum verbundenen Befugnisse, um den wirtschaftlichen Wert des Vermögens den Gläubigern dienstbar zu machen. Es ist m. E. gerechtfertigt, in dieses dem Schuldner entzogene Vermögen nur solche Objekte einzubeziehen, deren wirtschaftlicher Wert bisher dem Schuldner bedingungslos und ungeschmälert zur Verfügung stand. Das ist bei Sachen, die zur Sicherheit übereignet sind, nicht der Fall. Hier sind die mit dem Eigentum verbundenen Befugnisse in der Hand des Gläubigers mit der festen Absicht vereinigt worden, nach Tilgung der Schuld eine Rückübertragung des Eigentums stattfinden zu lassen. Ohne daß von einem bloß „formalen Eigentum" gesprochen werden könnte,[61] wird dem Sicherungsnehmer der wirtschaftliche Wert der Sache durch eine schuldrechtliche Bindung, die er eingeht, vorenthalten, oder wenigstens wird der Zeitpunkt, in dem der Sicherungsnehmer ihn sich zuführen darf, nach dem Willen der Parteien bis zur Nichtzahlung hinausgeschoben. Da erscheint es angebracht, bei einer Ausnutzung des Eigentums, die nicht in einer Geltendmachung seiner Befugnisse besteht, sondern im Gegenteil diese dem Eigentümer nimmt, in der Kollision zwischen Eigentum und reinem Sicherungszweck zu Gunsten des

59) a.a.O., S. 616.
60) RGZ. Bd. 45 S. 80; Bd. 79 S. 122; Bd. 91 S. 12.
61) Auch abgelehnt von Oertmann a.a.O., S. 384.

letzteren zu entscheiden. Beide Fälle, Gewährung nur des Absonderungsrechts im Konkurse des Sicherungsgebers, und Aussonderungsrecht des Genannten im Konkurse des Sicherungsnehmers, kompromittieren m. E. nicht die Sicherungsübereignung als Gesetzesumgehung. Dort, wo unter normalen Verhältnissen die Eigentümerbefugnisse im Spiele sind, entscheidet sich die Rechtsprechung folgerichtig für den Inhaber dieser Befugnisse, den Sicherungsnehmer. So kann er gemäß § 771 ZPO. der Pfändung der übereigneten Sachen seitens anderer Gläubiger widersprechen.[62] Aus dem gleichen Grunde ist auf die Sicherungsübereignung die lex commissoria des § 1229 BGB. nicht anwendbar.[63] In seinen Befugnissen kann der Sicherungsnehmer eben nicht gebunden werden. Er kann sich lediglich mit schuldrechtlicher Wirkung zu einer bestimmten Haltung gegenüber der übereigneten Sache verpflichten.

Die Sicherungsübereignung kann in ihrem Werte nur erhalten werden, wenn gegen die in ihr liegenden Gefahren ihrer Ausnutzung zu Schiebergeschäften Vorsorge getroffen wird. Es ist darum zu begrüßen, daß das Reichsgericht dazu übergegangen ist, an die Sicherungsübereignungsgeschäfte den Maßstab der guten Sitten zu legen und gegebenenfalls § 138 oder § 826 BGB. anzuwenden.[64] Einen Verstoß gegen die guten Sitten nimmt das Reichsgericht z. B. an, wenn der Schuldner sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Aktiva veräußert, während er nach außen als selbständiger Eigentümer auftritt und auf solche Weise Dritte über seine Kreditwürdigkeit täuscht.[65] Nichtig ist die Sicherungsübereignung auch beim sog. Knebelvertrag, bei dem der Schuldner sich unter Verlust seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit völlig in die Hand des Gläubigers gibt.[66] Schließlich ist die Sicherungsübereignung nichtig, wenn den Vertragsparteien bewußt war, daß infolge Fehlens anderer Mittel der Sicherungsgeber sich durch die

---

62) RGZ. Bd. 79 S. 121; OLG. Bd. 4 S. 381.
63) Vgl. hierzu Wolff a.a.O., S. 616; Brodmann bei Planck, S. 371.
64) Vgl. Brodmann bei Planck, S. 371; Oertmann, S. 383.
65) RG. in J.W. 1911, S. 324; RGZ. Bd. 67 S. 166; Warn. R. 1926 Nr. 84; RGZ. Bd. 77 S. 210, Bd. 85 S. 345 u. a.
66) J.W. 1911 S. 83; Warn.R. 1917 Nr. 131, 1919 Nr. 189; J.W. 1924 S. 176.

Uebereignung außerstand setzte, seine anderen Gläubiger zu befriedigen.[67]

Es sei noch darauf hingewiesen, daß im Falle der Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut die Abrede der Uebereignung nur zu Sicherungszwecken noch kein den Anforderungen der §§ 930, 868 BGB. genügendes Besitzmittlungsverhältnis schafft. Die Ableitung des unmittelbaren Besitzes vom mittelbaren Besitzer ist damit noch nicht statuiert. Die Charakterisierung einer Uebereignung als Sicherungsübereignung umreißt nur deren wirtschaftlichen Zweck, es bedarf noch eines präzisen Besitzmittlungsverhältnisses, wie es in allen übrigen Fällen der Uebertragung durch Konstitut erfordert wird.[68] Es pflegen bei jeder Sicherungsübereignung nähere Vereinbarungen über die Rückübertragung im Falle der Tilgung der Schuld, über die Verwertung der Sache im Falle der Nichtzahlung, sowie über die Art der Weiterbenutzung getroffen zu werden. Aus dem ganzen Komplex der einzelnen Abreden wird sich in sehr vielen Fällen das Vorliegen eines den unmittelbaren Besitz rechtswirksam vermittelnden Rechtsverhältnisses ergeben. Eine starke Neigung des Reichsgerichts, im Wege weit entgegenkommender Interpretation zur Anerkennung eines konkret bestimmten Rechtsverhältnisses zu gelangen, ist unverkennbar.[69] Zum Kriterium für die Gültigkeit der Sicherungsübereignung darf man es nicht machen, ob die Sache im Interesse des Sicherungsnehmers oder des Sicherungsgebers im Besitze des letzteren verbleibt. Die sachenrechtliche Oberherrschaft des Sicherungsnehmers dokumentiert sich nicht darin, daß, wie Ackermann[70] es für die Sicherungsübereignung von Warenlagern von wechselndem Bestande fordert, ein Teil des Erlöses vereinbarungsgemäß an den Sicherungsnehmer abgeführt wird oder in anderer Weise eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Sicherungsgebers vom Sicherungsnehmer zum Ausdruck kommt. Das Interesse des Sicherungsnehmers ist ja in jedem Falle, auch dort, wo

67) RGZ. Bd. 118 S. 361; J.W. 1928 S. 52.

68) Vgl. RGR.-Komm. S. 621; Staub zu § 368, S. 683/84, Anm. 97; RG. in J.W. 1912 S. 444; Warn. R. 1913 Nr. 200; a.M. Brodmann in Planck, S. 370.

69) Gr. Beitr. Bd. 53 S. 1045; RG. in J.W. 1913, S. 423/24 und J.W. 1929 S. 2149.

70) a.a.O., S. 102 ff.

solche die Geschäftsführung des Sicherungsgebers beeinträchtigende Vereinbarungen nicht getroffen sind, im Spiele, da ihm an einem guten Geschäftsgang seines Schuldners, der ihn der Befriedigung seines Anspruches näherbringt, immer viel gelegen sein muß. Maßgebend bleibt allein die Qualität des besitzvermittelnden, nach § 868 BGB. zu beurteilenden Rechtsverhältnisse.

III. Kapitel.

§ 6.

Der Gedanke, daß das moderne Wirtschaftsleben die Ausnutzung des beweglichen Vermögens für Kreditzwecke über die Möglichkeit des Faustpfandrechtes hinaus erfordere, findet seine extremste Verwirklichung in der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande. Hier wird nicht eine Gesamtheit ganz bestimmter, bis zur Rückübertragung bzw. Verwertung identisch bleibender Sachen zur Sicherung einer Forderung übereignet, sondern es ist vorgesehen, daß der Sicherungsgeber, seinen Geschäftsbetrieb fortsetzend, die übereigneten Waren weiterveräußert und den Lagerbestand fortlaufend durch Anschaffung neuer Waren ergänzt. Diese Ersatzwaren sollen, ohne daß es eines neuen besonderen Uebereignungsgeschäftes bedarf, in das Eigentum des Sicherungsnehmers überführt werden können. Daß dies rechtlich zulässig ist, wird jetzt von der Rechtsprechung und fast allgemein auch von der Literatur anerkannt. Es wird also bejaht, daß die Elemente der Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. — Einigung und Vereinbarung eines besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses — mit dinglicher Wirkung in die Zukunft ausgestattet werden können. Dies ist die sog. Uebereignung mittels antizipierten Besitzkonstituts, deren Hauptfall eben die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande ist. Es wird jedoch meist, auch wenn das ganze Uebereignungsgeschäft gemeint ist, nur vom antizipierten Besitzkonstitut gesprochen. Unter Heranziehung von Literatur und Rechtsprechung soll hier den rechtlichen Grundlagen des Instituts nachgegangen werden. Zunächst jedoch soll der Begriff des Warenlagers näher erläutert werden.

Wenn das Warenlager auch als Sachgesamtheit anzusprechen ist, so verschmelzen die einzelnen Sachen dennoch nicht zu einem einheitlichen Sachinbegriff, über den, wie über eine

einzige Sache, verfügt werden kann. Die Sachgesamtheit würde dadurch zu einem ideellen Sachbegriff, der dem BGB. unbekannt ist. (§ 90 BGB.).[71] Auch bei der Uebereignung von Warenlagern ist der Vorgang so zu denken, daß die Uebereignung bezüglich jeder einzelnen zu dem Lager gehörenden Sache vorgenommen wird. Nur aus praktischen Gründen erfolgt die Zusammenfassung zu einem Warenlager, das mittels eines einzigen Vertrages übereignet wird. In diesem Vertrage sind aber ebenso viele Einzelübertragungen enthalten, wie Sachen vorhanden sind.

Es müssen also auch die einzelnen Sachen, wie bei jeder Uebereingnung, konkretisiert sein, und nur wenn die unter dem Warenlager verstandene Warenmenge der Summe der Einzelsachen kongruent ist, kann die Sicherungsübereignung gültig sein, weil es sonst an der notwendigen Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände mangelt. Eine solche Kongruenz ist ohne genaue Abgrenzung des Warenlagers nach außen nicht denkbar. Diese braucht nicht gerade durch Aufstellung eines genauen Inventars zu erfolgen, es genügt z. B., wenn die unter die Uebereignung fallenden Sachen durch genaue Bezeichnung der Räumlichkeiten oder Behältnisse, in denen sie sich befinden, individualisiert werden.[72]

An der notwendigen Bestimmtheit fehlt es aber auch, wenn zwar das zu übereignende Warenlager genügend gekennzeichnet ist, jedoch Sachen enthält, die nicht im freien Eigentum des Schuldners stehen, wie es z. B. bei Waren der Fall ist, die unter Eigentumsvorbehalt verkauft wurden. Hat der Schuldner nur an einer Sache kein Eigentum, so ist damit die Kongruenz zwischen dem Warenlager und der Summe der Einzelsachen aufgehoben und die Bestimmtheit aller Gegenstände erschüttert. Dies hat zur Folge, daß die ganze Sicherungsübereignung unwirksam ist. Dieses Ergebnis kann man nicht etwa dadurch vermeiden, daß man vereinbart, nur die im freien Eigentum des Veräußerers stehenden Sachen sollten von dem Uebereignungsgeschäft ergriffen werden. Denn hier sind die Sachen nur bestimmbar, aber die notwendige Bestimmtheit ist noch nicht erreicht.[73] Ebenso wird die Siche-

71) Mot. III, S. 28, vgl. Riezler bei Staudinger, S. 340.
72) Vgl. Sättler, a.a.O., S. 2453; RG. in J.W. 1912 S. 144; Warn. R, 1928, S. 23.
73) Vgl. RGZ. Bd. 113 S. 57 ff. (62).

rungsübereignung hinfällig gemacht, wenn bei der Uebereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande unter den dazu kommenden Waren sich unter Eigentumsvorbehalt erworbene befinden.[74] Sie heben die Bestimmtheit aller Sachen auf und beseitigen dadurch die Voraussetzung für die Gültigkeit der Uebereignung. Ein gutgläubiger Eigentumserwerb, der den Mangel heilen würde, ist bei der Uebereignung mittels Konstitut im Augenblick der Besitzerlangung durch den Uebereigner ja noch nicht möglich, sondern er tritt gemäß § 933 BGB. erst dann ein, wenn der Erwerber vom Tradenten den unmittelbaren Besitz erlangt.[75]

§ 7.

In seiner Abhandlung „Verfügung über künftige Forderungen"[76] stellt v. Tuhr Verfügung und Verpflichtung einander gegenüber. Er konstatiert, daß durch beide eine Verminderung des Vermögens herbeigeführt werde: bei der Verfügung durch Verminderung der Aktiva, bei der Verpflichtung durch Vermehrung der Passiva. Dieser richtigen Kennzeichnung der Rückwirkung von Verfügung und Verpflichtung auf das Vermögen läßt sich eine wichtige begriffliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verfügung entnehmen: eine Verfügung kann nur wirksam sein, wenn der von ihr betroffene Gegenstand zu den Aktiva des Verfügenden gehört, wenn er ihm zusteht.[77] Anders ist ja eine Verminderung der Aktiva nicht denkbar. (Bei der Verpflichtung entfällt ihrer Natur nach diese Wirksamkeitsvoraussetzung.) Eine Verfügung bleibt also wirkungslos, solange der von ihr betroffene Gegenstand dem Verfügenden nicht zusteht. Es fragt sich nun, ob die Unwirksamkeit einer Verfügung, die von dem Verfügenden, ohne daß der betroffene Gegenstand bereits Bestandteil seines Vermögens war, vorgenommen wurde, eine endgültige ist, oder ob die Verfügung rechtliche Wirksamkeit erlangt, wenn der Verfügungstatbestand nach-

74) Vgl. RGZ. Bd. 113 S 57 ff. und zu der Frage überhaupt Bremer a.a.O.

75) Anders ist es bei der Uebereignung nach § 931 BGB., da in diesem Falle das Eigentum nach § 934 BGB. bereits mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs übergeht; vgl. auch dazu RGZ. Bd. 113 S. 57 ff.

76) D.J.Z. 1904, Sp. 426 ff.

77) Vgl. v. Tuhr a.a.O.

träglich vollendet wird, d. h. wenn der Verfügende das Verfügungsobjekt erwirbt.

Durch § 185 Abs. II BGB. wird die Zulässigkeit der antizipierten Verfügung im Prinzip anerkannt. Diese Bestimmung betrifft den Fall der Verfügung über fremde Gegenstände, der gegeben ist, wenn der Verfügungsgegenstand einem anderen als dem Verfügenden zusteht. Nach dem Willen des Gesetzgebers konvalesziert hier die Verfügung, wenn der Verfügende — abgesehen von den hier nicht interessierenden Fällen — den Gegenstand erwirbt. Im Gesetz nicht behandelt ist dagegen der Fall, daß über künftige Gegenstände, d. h. solche, die noch gar nicht existieren, verfügt wird. Ist daraus zu folgern, daß die Konvaleszenz einer solchen Verfügung ausgeschlossen sein soll? Die Frage ist zu verneinen. Die Fälle der Verfügung über fremde und über künftige Rechte sind nach meiner Ansicht begriflich gleichzustellen. Sie stimmen in ihrem Hauptmerkmal überein, daß der Gegenstand, auf den die Verfügung wirken soll, ihrer Wirksamkeit zunächst entzogen ist. Es ist nicht einzusehen, warum die Ursache dafür, daß der Verfügende zu einer sofort wirksamen Verfügung außerstande ist, eine Rolle spielen soll. Für die Idee der antizipierten Verfügung ist es gleichgültig, ob der Gegenstand außerhalb der Verfügungsmacht des Verfügenden steht oder überhaupt noch nicht existiert.[78] § 185 BGB. knüpft die Konvaleszenz der Vorausverfügung über fremde Gegenstände an keine besonderen Voraussetzungen, die einer analogen Behandlung der Vorausverfügung über künftige Gegenstände im Wege stehen könnten. Die Vorausverfügung über künftige Gegenstände, die beim Erwerb durch den Verfügenden wirksam wird, ist also grundsätzlich zulässig. Bedenken könnten daraus entstehen, daß es sich bei der Verfügung gemäß § 185 BGB. um bestimmte Gegenstände handelt, während bei der Vorausverfügung über künftige Gegenstände diese Bestimmtheit naturgemäß zunächst nicht vorhanden ist. Es kann auf diesen Umstand aber nicht ankommen, da die Bestimmmtheit des Gegenstandes angesichts der vorläufigen Unwirksamkeit der Verfügung zunächst ohne Bedeutung ist. Dennoch wird die Vorausverfügung, wie jede andere, bestimmt bezeichnete Gegenstände zum Inhalt haben müssen,

78) Vgl. v. Tuhr a.a.O., Sp. 427.

sodaß zur Zeit des Konvaleszierens der Verfügung der nunmehr konkretisierte Gegenstand als der von der Verfügung gemeinte rekognosziert werden kann.

Fraglich ist noch, wie eine Verfügung über künftige Gegenstände konvalesziert, ob das Recht zunächst in dem Verfügenden zur Entstehung gelangt und dann auf den Erwerber überspringt, oder ob der Verfügende völlig ausgeschaltet ist, indem auf Grund der Verfügung der Erwerber unmittelbar Inhaber des Rechtes wird. Den letzteren Standpunkt vertritt v Tuhr.[79] Mit ihm stimmt Hoddick überein.[80] Dieser Theorie ist die Anerkennung zu versagen. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, eliminiert v. Tuhr aus dem Tatbestand des Erwerbes, dessen Vollendung nach § 185 Abs. II BGB. Voraussetzung der Konvaleszenz ist, die Rechtsfolge des Erwerbes, die Verfügungsgewalt. Er ist der Ansicht, in § 185 Abs. II BGB. sei der Tatbestand des Erwerbes gemeint, nicht die Rechtsfolge, sodaß sich Tatbestand und Rechtswirkung auf verschiedene Personen, nämlich Verfügenden und Erwerber, verteilten. Diese Konstruktion ist unhaltbar. Zum Begriff des Erwerbes und damit zu seinem Tatbestand gehört als seine rechtliche Seite die Verfügungsgewalt; ehe sie nicht erlangt ist, kann von einem Erwerbe nicht gesprochen werden. Und wiederum ist, solange nicht der Erwerbstatbestand in diesem Sinne vollendet ist, der Verfügungstatbestand unvollständig. Der die Verfügungsgewalt umfassende Erwerb fügt dem Verfügungstatbestand das fehlende Moment hinzu, sodaß jetzt alle Voraussetzungen für eine sofort wirksame Verfügung in dem Verfügenden vereinigt sind, was zur Folge hat, daß seine Vorausverfügung konvalesziert. Die Ansicht v. Tuhrs wird besonders von Böhling bekämpft.[82]

v. Tuhr ist aber darin beizustimmen, daß nicht alle Verfügungen antizipiert werden können, nicht aus begrifflichen Gründen, sondern weil ihnen das Gesetz formale Hindernisse entgegenstellt.[83] Z. B. können künftige Sachen nicht nach § 929 BGB. übereignet oder nach § 1205 BGB. verpfändet werden, weil hier die nicht mögliche Besitzübertragung gefordert wird.

79) a.a.O., Sp. 429.
80) a.a.O., S. 19, 20.
81) a.a.O., Sp. 430.
82) a.a.O., S. 56.
83) a.a.O., Sp. 427.

Dagegen kann die Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstitut nach § 930 BGB. antizipiert werden, denn die beiden Verfügungsbestandteile der Uebereignung, die Einigung und die Vereinbarung eines Besitzkonstituts, stehen einer Erstreckung ihrer Wirksamkeit in die Zukunft nicht im Wege.

Auf die Rechtsnatur der Einigung sei hier, soweit erforderlich, eingegangen. Die Einigung und die Uebergabe bilden, wie jetzt allgemein anerkannt ist, zwei selbständig nebeneinander bestehende Erfordernisse des Uebereignungsgeschäftes.[84] Die Einigung ist das Willensmoment der Uebereignung, die Uebergabe bildet ihre durch das Offenheitsprinzip des Sachenrechts begründete reale Ergänzung. In der Einigung sind die auf Uebereignung gerichteten Willenserklärungen der Parteien zusammengeschlossen. Sie wird darum meistens als Vertrag angesehen.[85] Im ersten Entwurf des BGB. war sie neben der Übergabe als dinglicher Vertrag bezeichnet (§ 874). Späterhin wurde der Ausdruck „Vertrag" aus redaktionellen Gründen vermieden.[86] Aber auch diejenigen, die der Einigung Vertragsnatur zusprechen, gehen mit Ausnahme von Beer nicht so weit, daß sie die Einigung für unwiderruflich erklären, während die Gegner der Vertragstheorie ihr Bedeutung für die Willensauslegung der Parteien beimessen. Also auch nach dieser Theorie besteht eine gewisse Fernwirkung der Einigung, während sie nach der Vertragstheorie nicht zur vollen Vertragswirkung, der unwiderruflichen Bindung, erstarkt. Eine Annäherung der beiden Theorien aneinander ist demnach festzustellen. § 873 Abs. II BGB. läßt deutlich erkennen, daß nur für das Liegenschaftsrecht und auch dort nur bei Beobachtung besonderer Formvorschriften, die Einigung mit bindender Kraft ausgestattet sein soll. Im Mobiliarrecht spielt jedoch die Einigung m. E. überhaupt eine andere Rolle, als sie ihr bisher meist zuerkannt wurde. § 929

84) Bestritten von Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gr. Beitr. Bd. 47, S. 51 ff.

85) Vgl. Leonhard a.a.O., S. 17; Kober bei Staudinger S. 355; Endemann, Bd. III, S. 89; RGK.-Komm. S. 56; Beer S. 20 ff.; Böhling S. 65 ff. Gegner: Eccius a.a.O., Wolff a.a.O., S. 101, 199.

86) Prot. III, S. 59.

BGB. spricht gar nicht von einer Einigung, sondern von einem Einigsein. Das ist nicht ein Vorgang, sondern ein Zustand. Es wird erfordert, daß die Parteien im Augenblick der Uebergabe einig sind, daß das Eigentum übergehen solle. Die Dauer dieses Einigseins ist in keiner Weise begrenzt, der Augenblick, in dem die Herstellung der Einigkeit stattzufinden hat, nicht festgelegt. Die Einigung wird so lediglich zum Beweismittel für das Einigsein, indem aus ihr, solange sie nicht widerrufen ist, auf die Fortdauer der Einigkeit zu schließen ist. Diesen Standpunkt nimmt mit Recht jetzt das Reichsgericht[87] ein und in Uebereinstimmung mit ihm der Reichsgerichtsräte-Kommentar.[88] Er sagt u. a.: „Nicht die Einigung wird hier erfordert, sondern das Einigsein, der Zustand, der sich aus der Einigung ergibt ... Für die Beantwortung der Frage, ob die Beteiligten noch einig sind, ist entscheidend, daß es sich um einen Dauerzustand handelt, und daß deshalb derjenige, der sein Bestehen behauptet, nur sein Entstehen, also das Zustandekommen der Einigung zu beweisen hat. Ist die Einigung bewiesen, so ist es Sache dessen, der deren Nichtmehrbestehen behauptet, die Tatsache zu beweisen, durch die sie gebrochen ist." Durch diese vereinfachende Lösung, die sich zwanglos aus dem Gesetz selbst ergibt, ist völlig klargestellt, daß Einigung und Uebergabe bezw. deren Surrogate zeitlich nicht zusammenzufallen brauchen.

Aber auch der in die Zukunft wirkenden Vereinbarung eines Konstituts gemäß § 930 BGB. stehen Bedenken nicht entgegen. Insbesondere können solche nicht aus dem Wortlaut des § 930 BGB. hergeleitet werden. Hierauf hat besonders v. Tuhr hingewiesen.[89] Er folgert aus dem Wortlaut lediglich, daß der Eigentumserwerb durch antizipiertes Besitzkonstitut erst in dem Moment wirksam werden soll, in dem der Tradent selbst Eigentum und Besitz erwirbt. Diese Anschauung steht im Einklang mit der hier vertretenen Meinung von dem Wirksamwerden der antizipierten Verfügung. Richtig argumentiert auch Müller,[90] wenn er sagt, daß in den §§ 929

87) RGZ. Bd. 109, S. 202 ff. In dieser Entscheidung kommt der Ausdruck „Einigung" bezeichnenderweise überhaupt nicht vor, das RG. spricht nur vom Einigwerden.

88) S. 256 zu § 930.

89) Zur Lehre von der Anweisung, S. 47.

90) a.a.O., S. 240.

Satz 2, 930 und 931 BGB. drei Tatbestände scharf gegenübergestellt werden sollen, und daraus folgert, daß die Vordersätze konditionalen und nicht temporalen Charakter tragen.

Ueber das Wesen des nach § 930 BGB. zu vereinbarenden Rechtsverhältnisses ist oben eingehend gehandelt worden. Es wurde festgestellt, daß in dem Rechtsverhältnis die Ableitung des unmittelbaren Besitzes von dem mittelbaren Besitzer zum Ausdruck kommen müsse, und daß es sowohl obligatorischer wie auch dinglicher Natur sein könne. Ist es obligatorischer Art, also ein Verpflichtungsgeschäft, so kann es ohne weiteres auf einen künftigen Zeitpunkt hin abgeschlossen werden. Die Parteien sind darin frei, welchen Inhalt sie ihren Willenserklärungen geben wollen. Der Wille, daß das Rechtsverhältnis für den Fall des Erwerbes der Sache durch den Tradenten Wirksamkeit erlangen soll, muß aber zum Ausdruck kommen, um der Vorschrift des § 308 Abs. I BGB. zu genügen. Die Leistung aus einem Vertrage, der künftige Sachen zum Gegenstande hat, ist ja zur Zeit des Abschlusses unmöglich, und der Vertrag verfällt nach § 306 BGB. der Nichtigkeit, wenn er nicht gemäß § 308 Abs. I BGB. für den Fall geschlossen wird, daß die Leistung möglich wird.[91]

Der dingliche Besitzmittlungsvertrag ist eine Vorausverfügung im Rahmen der antizipierten Verfügung, die die Eigentumsübertragung von künftigen Sachen darstellt, es hat für ihn dasselbe wie für jede antizipierte Verfügung zu gelten, d. h. er kann prinzipiell mit Wirkung für die Zukunft abgeschlossen werden.[92]

IV. Kapitel.

§ 9.

Als Ergebnis ist also gefunden worden: Auf die Eigentumsübertragung künftiger Sachen ist § 185 Abs. II BGB. analog anzuwenden. Die rechtliche Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts ist damit dargetan. Die Vorausverfügung konvalesziert, nachdem der Tradent die Sache erworben hat.

Dieses Ergebnis soll nunmehr an Hand der in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen auf seine Stichhaltigkeit geprüft und nötigenfalls ergänzt werden.

---

91) Vgl. Fischer, a.a.O., S. 47.
92) Vgl. Fischer, a.a.O., S. 46—48.

Lenel behandelt wie die meisten das antizipierte Besitzkonstitut bei der Lehre von der Stellvertretung.[93] Er spricht zunächst von dem Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem und kommt zu dem Ergebnis, daß bei dem Eigentumserwerb des Mandatars für den Mandanten dieses Verhältnis ganz außer Betracht zu bleiben habe. Ausschlaggebend soll allein das Kausalverhältnis für den Erwerb zwischen Mandatur und Veräußerer sein; das aus ihm sich ergebende Interesse soll entscheiden, ob der Mandatar für sich oder für den Mandanten erwirbt. Auf den inneren Willen des Mandatars komme es nicht an. Infolgedessen kann nach seiner Meinung das constitutum possessorium nicht antizipiert werden, da es durch die allein maßgebende Erwerbscausa jederzeit paralysiert werden könne. Lenel erblickt in der Veräußerung mittels antizipiertem Besitzkonstitut lediglich eine obligatorische Verpflichtung, vom Augenblick des Erwerbes an den Besitz nomine alieno auszuüben, und faßt die Möglichkeit einer abstrakten, dinglichen Wirkung des antizipierten Besitzkonstituts gar nicht ins Auge. Damit gibt er dem antizipierten Besitzkonstitut einen mit seinem Wesen nicht vereinbaren Sinn, und mit Recht macht Enneccerus[94] gegen ihn geltend, daß der Weg zum richtigen Verständnis dieses Geschäftes verschlossen sei, wenn man die Einigung über die zukünftige dingliche Wirkung mit der Vereinbarung einer obligatorichen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung vertausche. Einer Auseinandersetzung mit Lenel bedarf es also nicht, weil seine Lehre sich gar nicht mit dem allgemein gebräuchlichen Begriff des antizipierten Besitzkonstituts befaßt.

Leonhard[95] folgert aus dem römischen und gemeinen Recht und für das BGB. aus dem Wortlaut des § 930, daß der Veräußerer zur Zeit der Einigung schon Besitzer sein müsse. Er stellt ferner § 930 BGB. mit § 929 BGB. in Parallele, findet als gemeinsames Merkmal die Besitzverschaffung und kommt zu dem Schluß, daß nur der augenblickliche Besitzer jemanden, wie nach § 929 zum unmittelbaren, nach § 930 zum mittelbaren Besitzer machen könne. So kann nach ihm eine antizipierte Vereinbarung des noch nicht besitzenden Mittlers noch keineswegs eine dingliche Erfüllung sein, sondern erst

93) a.a.O., S. 67 ff.
94) Enneccerus, S. 451.
95) a.a.O., S. 46 ff.

ein bloßes persönliches Versprechen, dem durch eine selbständige zweite Uebertragung Genüge geleistet wird.

Daß der Wortlaut des § 930 BGB. nicht gegen ein antizipiertes Besitzkonstitut spricht, wurde oben gezeigt. Leonhard hat aber darin Recht, daß nur der augenblickliche Besitzer einem anderen unmittelbaren oder mittelbaren Besitz verschaffen kann. Nur verkennt Leonhard die Eigenart des antizipierten Besitzkonstituts. Es regelt die Besitzverhältnisse ja nicht mit sofortiger Wirkung, sondern seine Bedeutung ruht in seiner Fähigkeit zur Konvaleszenz. Erst wenn der Uebereignungstatbestand vollendet ist, wenn der Tradent mit dem Besitz die Verfügungsgewalt erlangt hat, entfaltet es seine Kraft; es erstarkt dann zur vollwirksamen Verfügung. Diese Wirkung tritt ohne erneute Vornahme ein, lediglich auf Grund der zurückliegenden, auf die Zukunft berechneten Parteivereinbarungen. Sie ist dinglich und darum abstrakt; sie wird deshalb von der Erwerbscausa des Geschäfts zwischen dem Tradenten und dem Veräußerer, wie Lenel es möchte, nicht berührt.

Eccius lehnt die Möglichkeit, über noch nicht existente Gegenstände, seien es Sachen oder Forderungen, vorauszuverfügen, strikt ab. Er sagt:[96] „Das BGB. kennt eine rechtswirksame Verfügung nur, wenn sie ausgeht vom Verfügungsmächtigen. Eine Verfügung über eine Sache, die noch nicht existiert, ist undenkbar, auch undenkbar als eine durch Existentwerden bedingte Verfügung. Denn das Existentsein ist begriffliche Voraussetzung der Verfügung." An anderer Stelle[97] leitet er aus seiner Lehre von der nicht verbindlichen Natur der sachenrechtlichen Einigung den Satz her, daß es keine Gebundenheit an eine vorangegangene Abrede, welche eine beabsichtigte Uebergabe mit einer bestimmten dinglichen Wirkung ausstatten solle, gebe. Es werde aber meist eine obligatorische Verpflichtung auf Begründung einer bestimmten Rechtsstellung bestehen, jedoch nur dann, wenn darauf gerichtete Abreden mit Schuldvertragsinhalt getroffen seien.

---

96) Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen in D.J.Z. 1914, Sp. 54 ff.

97) Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gr. Beitr. Bd. 47, S. 52/53.

Gegen Eccius ist zu sagen, daß dem BGB. Verfügungen über künftige Gegenstände durchaus bekannt sind. Dies geht insbesondere aus den §§ 310 und 573 hervor. Hier werden nur ganz bestimmte Fälle von Vorausverfügungen Einschränkungen unterworfen, woraus die allgemeine Zulässigkeit antizipierter Verfügungen geschlossen werden kann. Auch aus § 956 BGB. ist zu ersehen, daß Vorausverfügungen vom geltenden Recht gebilligt werden. Eccius unterläßt es eben, von der Verfügungserrichtung die Verfügungswirkung zu unterscheiden, die freilich erst nach dem Erwerb des Gegenstandes durch den Verfügenden eintreten kann. Eccius ist offenbar zu seinen fehlerhaften Folgerungen gelangt, weil er den § 185 Abs. II. BGB. nicht beachtet hat, dem die der antizipierten Verfügung vom Gesetzgeber verliehene Struktur zu entnehmen ist.

Hoeniger bezeichnet das antizipierte Besitzkonstitut geradezu als contra legem, da es gegen § 164 Abs. II verstoße. Das antizipierte Besitzkonstitut sei nichts anderes als eine unmittelbar wirkende verdeckte Stellvertretung. Seine Konstruktion enthalte auch einen unlöslichen Widerspruch, da uno actu sich vollziehender Erwerb und Verlust des Eigentums sich aufhöben. Daß es sich nicht in dem Sinne, wie Hoeniger es auffaßt, um einen Erwerb und Verlust uno actu handelt, wurde bereits hervorgehoben. Der Eigentumsdurchgang durch den Tradenten ist auch kein bloß gedankenmäßiger, wie bei der Würdigung der Rechtsprechung noch zu zeigen sein wird. Ein Fehler von Hoeniger ist es, das antizipierte Besitzkonstitut allzu stark mit der Stellvertretung beim Fahrniserwerb zu verquicken. Es ist sehr bestritten, ob auf die Eigentumsübertragung mit Rücksicht auf das ihr eigentümliche reale Moment — § 164 BGB. spricht nur von Willenserklärungen — die Stellvertretungsvorschriften überhaupt anwendbar sind. Zweifellos ist ihre Anwendung durch die Eigenart der Uebereignung als Leistungsgeschäft zum mindesten eingeschränkt. Ohne daß hier auf die Frage näher eingegangen wird, sei festgestellt, daß jetzt allgemein unmittelbarer Erwerb des Vertretenen trotz Handelns des Vertreters in eigenem Namen in allen den Fällen angenommen wird, in denen dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist.[99]

98) Sicherungsübereignung von Warenlagern, S. 111 ff.

99) Vgl. Oertmann, S. 607; Soergel, S. 252; Hoeniger in J.W. 1926, S. 246; RGZ. Bd. 99, S. 208, Bd. 100, S. 190 ff.; vgl. RGZ. Bd. 109,

(Die Verpflichtung des Vertreters aus dem obligatorischen Erwerbsgeschäft bleibt selbstverständlich unberührt.) Der Kreis der genannten Geschäfte, der sehr groß ist, scheidet von vornherein für die Betrachtung aus, da diese „Geschäfte an wen es angeht" nicht mit dem antizipierten Besitzkonstitut kollidieren. Es bleibt nur übrig jene kleinere Gruppe von Geschäften, bei denen der Veräußerer an eine ganz bestimmte Person veräußern will. Dieser Wille ist aber rechtlich irrelevant. Mit der Hingabe der Sache erlischt auch das Herrschaftsrecht an ihr, vielmehr es geht auf den Erwerber über. Ihr weiteres Schicksal ist dem Willen des Veräußerers entzogen. Die Bestimmung des § 137 Satz 1 BGB. unterstreicht stark die Souveränität der Verfügungsgewalt, indem sie jede Beschränkung der Verfügungsbefugnis unterbindet. Dem Erwerber steht es frei, die Sache unmittelbar nach Erwerb weiterzuveräußern, unter Umständen — dies gilt besonders für den Fall der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande — im Wege des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB. durch Besitzkonstitut. Praktisch liefe dies fast auf dasselbe hinaus wie das antizipierte Besitzkonstitut: die Sache wäre weitergeleitet, ehe der Veräußerer mangels Befriedigung durch den Erwerber auf sie hätte zurückgreifen können. Und von einer Mißachtung des Offenheitsprinzips des § 164 Abs. II BGB. könnte unter diesen Umständen keine Rede sein. Es ist darum nicht gerechtfertigt, das antizipierte Besitzkonstitut als Schiebungen fördernd in der Weise zu diffamieren, wie Hoeniger es tut. Man kann auch nicht sagen, daß die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande als eine unmittelbare wirkende indirekte Stellvertretung anzusehen ist. Der Erwerber fungiert hier gar nicht als Vertreter des Sicherungsnehmers, er ist vielmehr der neutrale Träger einer im voraus getroffenen Verfügung, die aus eigener dinglicher Kraft wirksam wird, nachdem der Sicherungsgeber die Sache erworben hat. Eine Vertreterfunktion übt er hierbei nicht aus, ein Erwerbswille des Sicherungsnehmers ist nicht in ihm verkörpert. Dies ergibt schon ein Blick auf das obligatorische Kausalgeschäft, auf Grund dessen dem Sicherungsgeber die Sache übereignet wird. Er schließt es nicht nur im eigenen Namen, sondern auch im ei-

S. 167 ff., das in solchen Fällen das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem entscheiden läßt.

genen Interesse ab. Er ist ja Geschäftsherr geblieben, für sein Unternehmen schafft er die Waren an. Naturgemäß ist auch das Interesse des Sicherungsnehmers im Spiele, aber es überschreitet bei einer gültigen Sicherungsübereignung niemals ein bestimmtes Maß. Die Bindung des Sicherungsgebers darf nicht so weit gehen, daß sie ihn zum bloßen Beauftragten und Angestellten des Sicherungsnehmers macht. In diesem Falle ist die Sicherungsübereignung sittenwidrig und darum nichtig.[100] Das Interesse des Sicherungsgebers am Kausalgeschäft spielt natürlich auch in dessen Erfüllung hinein. Wenn er das Eigentum an den angeschafften Waren auch alsbald wieder verliert, so schafft er sie doch, wie schon betont, für sein Unternehmen an, sie bleiben weiterhin seiner Disposition unterworfen, ihre Anschaffung dient bis zu einem gewissen Grade sogar dem Ziel, einmal wieder in das Eigentum des Sicherungsgebers zurückzukehren. Jedenfalls sind die Interessen bei der Ergänzung des Warenlagers so gespalten, daß man den Sicherungsgeber nicht als Vertreter des Sicherungsnehmers qualifizieren kann. So ist denn das antizipierte Besitzkonstitut nicht als Einführung der unmittelbar wirkenden indirekten Stellvertretung in das BGB. anzusehen, sondern es besteht als Institut eigener Art neben der Stellvertretung. Es ist dagegen nichts einzuwenden, da, wie gezeigt, mit der stillen Stellvertretung im Wege des Selbstkontrahierens ein der Wirkung des antizipierten Besitzkonstituts sehr nahekommender Erfolg erzielt werden kann.

Przibilla[101] lehnt, ähnlich wie Hoeniger, das antizipierte Besitzkonstitut als im Widerspruch zum Offenheitsprinzip des § 164 Abs. II BGB. stehend ab, und es haben deshalb für ihn die zu Hoenigers Anschauung gemachten Ausführungen zu gelten.

Regelsberger[102] erklärt sich unter Berufung auf Lenel und Kohler gegen das antizipierte Besitzkonstitut.

Kohler[103] wendet sich gegen das antizipierte Besitzkonstitut mit der Begründung, daß es den Tradenten zum Sklaven und Erwerbsinstrument des anderen mache. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß durch die Anwendung des

100) Vgl. oben.
101) a.a.O., S. 334.
102) a.a.O., S. 406.
103) a.a.O., S. 102 ff.

Begriffs der guten Sitten der Unterwerfung unter die Herrschaft eines anderen die notwendigen Grenzen zu ziehen sind und von der Rechtsprechung auch gezogen werden. Mit Recht weist übrigens Müller[104] darauf hin, daß die Veräußerung wirtschaftlich keine größere Gefahr sei als eine gültige Verpflichtung dazu. Kohler meint weiter, aus der ganzen Gestaltung des BGB. ergebe sich die Unzulässigkeit einer Eigentumsübertragung in die Zukunft. Auch hierzu kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden.

Im Prinzip ist auch Martin Wolff[105] ein Gegner des antizipierten Besitzkonstituts. Er meint, die Einigung über den Eigentumsübergang, die der Uebergabe oder ihren Surrogaten vorausgehe, sei unwirksam. Zu diesem Einwand ist bereits Stellung genommen worden. Wolff sagt aber weiter, das antizipierte Besitzkonstitut sei von der Rechtsprechung so allgemein anerkannt, daß von einem Gewohnheitsrecht gesprochen werden könne.

§ 10.

Die Lehre v. Tuhrs über die Zulässigkeit antizipierter Verfügungen ist bereits bei der Darlegung der eigenen Ansicht behandelt worden. Es seien darum nur noch die Ausführungen hierhergesetzt, mit denen v. Tuhr speziell die Unentbehrlichkeit des antizipierten Besitzkonstituts begründet:[106] „X verkauft eine noch zu erwerbende Sache (auf die er einen obligatorischen Anspruch gegen Z hat) an A und vereinbart, noch ehe die Sache ihm geliefert wird, mit A, daß er die Sache ein Jahr lang als Mieter des A behalten dürfe. Dann wird die Sache an X tradiert; ich glaube, daß nunmehr alle Erfordernisse des § 930 BGB. vorliegen und A mittelbaren Besitz und Eigentum erwirbt. Lenel und die ihm folgenden Autoren halten das constitutum possesorium, weil es vorzeitig geschlossen ist, für unwirksam; daher müßte nicht A, sondern X Eigentümer geworden sein. Aber X ist aus dem Kaufvertrage mit A verpflichtet, diesem das Eigentum zu verschaffen. Wie soll das geschehen? Wenn A Uebergabe nach § 929 BGB. verlangt, so kann ihm X entgegenhalten, daß er als Mieter befugt ist, den Besitz noch ein Jahr zu behalten. Soll nun A,

104) a.a.O., S. 247.
105) a.a.O., S. 205.
106) Zur Lehre von der Anweisung, S. 47.

weil er die Sache vermietet hat, so lange auf seinen Eigentumserwerb warten und auf die actio empti angewiesen sein? Offenbar nicht; er kann sofortige Eigentumsübertragung verlangen, welche, da die Wege der §§ 929, 931 BGB. verschlossen sind, nur nach § 930 BGB. erfolgen kann. Nach diesem Paragraphen ist aber erforderlich die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Ein solches Rechtsverhältnis besteht bereits zwischen den Parteien in Gestalt der Miete. Soll nun, da nach der von mir bekämpften Ansicht die anticipando geschlossene Miete für den Uebergang des Eigentums wirkungslos war und bleibt, die Miete nochmals vereinbart werden (was unmöglich ist), oder ein anderes Rechtsverhältnis des § 868 BGB. vereinbart oder gar ein abstraktes constitutum possessorium geschlossen werden, um dem A das Eigentum zu verschaffen?"

Für die Zulässigkeit des antizipierenden Besitzkonstituts tritt auch Müller[107] ein. Er untersucht zunächst die Rechtsnatur von Vorausverfügungen im allgemeinen. Hierbei kommt er zu dem Ergebnis, daß Verfügungen über künftige Gegenstände denen über fremde Gegenstände gleichzustellen seien. Er unterscheidet zwei Arten von Vorausverfügungen: solche, die nach dem Willen der Parteien sofort wirksam werden sollen, weil sie die Unmöglichkeit der Wirksamkeit mangels Verfügungsgewalt oder Existenz des Gegenstandes nicht kennen, und solche, die auf den Augenblick der Vollendung des Verfügungstatbestandes hin getroffen werden. Nur die ersteren sollen nach § 185 Abs. II BGB. zu behandeln sein. Daß diese Bestimmung auf die genannten Fälle beschränkt sein soll, schließt Müller aus dem verschiedenen Wortlaut des § 185 in seinen Absätzen I und II: Ist — wird wirksam. Dieser Schluß geht fehl. Abs. I regelt den Fall, daß der Berechtigte seine Einwilligung bereits vor der Verfügung des Nichtberechtigten erteilt hat. Dies bedeutet, daß die Parteien sich über den Mangel der Verfügungsgewalt im Klaren gewesen sein müssen. Demgegenüber gibt Abs. II keinen Anhalt, daß hier, was die Kenntnis des Mangels der Verfügungsgewalt anlangt, der Tatbestand des Abs. I ausgeschlossen und ein anderer Tatbestand gemeint sei. Das Futurum „wird wirksam'. erklärt sich zwanglos daraus, daß es sich eben um eine durch nachträgliche Ge-

107) a.a.O., S. 242.

nehmigung bezw. Erwerb usw. erst wirksam werdende Verfügung handelt. Der Unterschied der Tempi in Abs. I und II kennzeichnet jedenfalls nur den verschiedenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verfügung, Schlüsse auf den von § 185 Abs. II vorausgesetzten Tatbestand lassen sich daraus nicht ziehen. Beide von Müller unterschiedenen Fälle sind mit dem Wortlaut des § 185 Abs. II BGB. vereinbar. Es verbleibt also dabei, daß auf die Vorausverfügung über künftige Gegenstände in allen Fälle § 185 Abs. II analog anzuwenden ist. Seine Auslegung des § 185 BGB. hat Müller dazu geführt, das antizipierte Besitzkonstitut auf einem anderen Wege zu konstruieren: er sagt, die Verfügung sei unter der Voraussetzung der späteren Entstehung des Gegenstandes und Erlangung der Verfügungsgewalt erfolgt, und wendet die Bestimmungen über die Bedingung analog an. Diese Konstruktion erscheint bedenklich. Es handelt sich beim antizipierten Besitzkonstitut nicht um eine von den Parteien gesetzte Bedingung oder auch nur um etwas, was ihr nahekommt, sondern Entstehung und Erwerb der Sache sind Tatbestandsmoment der Verfügung. Die Erlangung der Verfügungsgewalt ist als conditio iuris anzusehen, die mit den Bestimmungen über die Bedingung nichts gemein hat. Die Verfügung wird nicht für den Fall getroffen, daß der Tradent die Herrschaft über die Sache erlangt, sondern der Inhalt der Verfügung geht dahin, daß das Eigentum, wenn, d. h. sobald der Tradent die Sache erwirbt, auf den anderen übergehen soll. Das ist etwas ganz anderes. Die Verfügung hat nicht konditionalen, sondern temporalen Charakter.

Enneccerus[108] bejaht gleichfalls die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts. Seiner Begründung haftet jedoch der Mangel an, daß sie das antizipierte Besitzkonstitut in engen Zusammenhang mit der indirekten Stellvertretung bringt und eine klare juristische Konstruktion vermissen läßt.

Fast alle Lehrbücher und Kommentatoren[109] erklären sich für das antizipierte Besitzkonstitut, meist jedoch ohne nähere Begründung und ohne Neues zu bringen.

---

108) a.a.O., S. 451.

109) Biermann, S. 202; Brodmann bei Planck, S. 370; Kober bei Staudinger, S. 459; Crome, S. 203, Anm. 15; Warneyer, S. 161; Hedemann, S. 131; RGK.-Komm. S. 258; Staub, III. Bd., S. 569 und 684; Soergel, II. Bd., S. 87; Achilles-Greiff, S. 541 u. a.

§ 11.

Die stärkste Stütze findet das antizipierte Besitzkonstitut in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Die Zulässigkeit einer dinglich in die Zukunft wirkenden Uebereignung von erst anzuschaffenden Sachen wird durchweg anerkannt, allerdings ohne näheres Eingehen auf die juristische Konstruktion dieses Instituts. Folgende Momente sind es, die nach den Verschiedenheiten der einzelnen Fälle modifiziert, besonders in die Erscheinung treten:

Das Reichsgericht verlangt, daß die Vereinbarung von vornherein in die Zukunft, auf den Augenblick des Erwerbes durch den Veräußerer gerichtet sein müsse. Diese Forderung ist völlig berechtigt: Für die Uebereignung durch ein gewöhnliches, auf sofortige Wirksamkeit berechnetes Besitzkonstitut fehlt es an der Voraussetzung des Besitzes auf seiten des Veräußerers.

Das Reichsgericht macht weiterhin den Eigentumsübergang auf den Sicherungsnehmer davon abhängig, daß der Sicherungsgeber bei dem Erwerb der nachgeschafften Waren der Vereinbarung gemäß handele, die, im voraus getroffen, den Besitz dem Sicherungsnehmer vermitteln soll. Die im einzelnen Fall an das vereinbarungsmäßige Handeln gestellten Anforderungen richten sich nach der Eigenart des betreffenden Sachverhalts. Eine einheitliche Linie wird in der Rechtsprechung jedoch gewahrt, die sich dahin kennzeichnen läßt, daß für die neu angeschafften Waren die gleiche Behandlung wie für die bei Abschluß des Sicherungsübereinungsvertrages vorhandenen gefordert wird, insbesondere die nach außen erkennbare Vereinigung mit dem Warenlager.

Die Aufstellung des Erfordernisses des der Vereinbarung entsprechenden Handelns ist zu begrüßen. Oben wurde die Auffasung vertreten — das Reichsgericht bestätigt sie —, der Sicherungsgeber erwerbe und verliere nicht uno actu das Eigentum. Diese Konstruktion gewinnt viel an Positivität und Natürlichkeit, wenn man den Durchgang des Eigentums durch den Sicherungsgeber keinen rein gedankenmäßigen sein läßt. Es entspricht auch der Rechtslogik und der Billigkeit, daß man die nachgeschafften Waren erst in dem Augenblick in das Eigentum des Sicherungsnehmers übergehen läßt, in dem

der Sicherungsgeber sie durch sein Handeln sichtbar in die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen einordnet, indem er sie zum Bestandteil der übereigneten Sachgesamtheit macht und den Besitz tatsächlich gemäß dem vereinbarten Rechtsverhältnis ausübt. Nicht zuletzt hat das vereinbarungsmäßige Handeln, das sich auf ganz bestimmte Sachen erstreckt, große Bedeutung für die notwendige Individualisierung der zu überwiegenden Waren. Mit dem Augenblick, in dem mit ihnen in der vereinbarten Weise verfahren wird, ist die für jede Uebereignung notwendige Konkretisierung erfolgt. Von Wert ist schließlich das vereinbarungsmäßige Handeln auch, weil es die Fortdauer des Uebereignungswillens bestätigt. Eine Eigentumsübertragung ist, wie schon gezeigt wurde, nur möglich bei noch bestehender Uebereinstimmung des Uebertragungswillens der Parteien. Da es eine Bindung an die Einigung nicht gibt, kann das vereinbarungsmäßige Handeln als Argument für den fortbestehenden Uebereignungswillen unter Umständen von großer praktischer Wichtigkeit werden. Gerade dieser Gesichtspunkt wird von einzelnen Urteilen besonders hervorgehoben, in denen davon die Rede ist, daß der Wille des Sicherungsgebers, die neu angeschafften Waren als Eigentum des Sicherungsnehmers zu besitzen, erkennbar zum Ausdruck kommen müsse. Gemeint ist damit das vereinbarungsmäßige Handeln. Ich halte allerdings diese starke Hervorkehrung des Willensmomentes nicht für glücklich, nachdem im selben Atemzuge die Zulässigkeit einer dinglich in die Zukunft wirkenden Vereinbarung bejaht worden ist. Die Fortdauer der Einigkeit bedarf im Normalfalle keiner Bestätigung. Zweifel an ihr sind nur berechtigt, wenn besondere Umstände des Sachverhaltes für ihren Widerruf sprechen.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß in dem vereinbarungsmäßigen Handeln nicht etwa eine erneute Vornahme der Verfügung im Wege des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB. zu erblicken ist, wie es Brodmann[110] annimmt, der der Meinung ist, daß dadurch dem Konstitut die entscheidende Bedeutung genommen werde. Der wahre Sinn des vereinbarungsmäßigen Handelns dürfte aus den vorstehenden Darlegungen genügend erhellen.

110) a.a.O., S. 370.

Es sollen eine Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts mitgeteilt werden, aus denen die genannten Grundsätze ersichtlich sind.

In einem Urteil vom 24. 11. 1903[111] wird die Interventionsklage des Sicherungsnehmers deshalb abgewiesen, weil es an einer für den Augenblick des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes seitens des Veräußerers berechneten ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nach § 868 BGB. mangele, der hätte entsprochen werden müssen, wenn das Eigentum auf den Erwerber hätte übergehen sollen.

Das Urteil vom 11. 10. 1907[112] wiederholt, daß sich die gegenwärtige Willenseinigung der Beteiligten dergestalt in die Zukunft richten können, daß von dem Zeitpunkt des späteren Erwerbes des Veräußerers an dieser als Mieter des Erwerbers oder in einem ähnlichen Verhältnis besitzen solle; in solchen Fällen würde bei entsprechendem Verhalten das Besitzkonstitut mit dem gedachten Zeitpunkt in Wirksamkeit treten, d. h. den Eigentumsübergang nach § 930 zur Folge haben. Von selbst verstehe sich freilich jene in die Zukunft zielende Willensrichtung keineswegs; sie müsse, sei es auch stillschweigend, vereinbart sein.

Ebenso entscheidet das RG. unter Berufung auf RGZ. 56 S. 52 im Urteil vom 1. 11. 1907.[113] Wenn ein für eine längere Zeit bestimmtes, dem § 868 BGB. entsprechendes Rechtsverhältnis an einer dem Wechsel unterliegenden Sachgesamtheit vereinbart sei, könne nicht erfordert werden, daß bei jeder einzelnen Neuanschaffung von neuem eine Vereinbarung gleichen Inhalts abgeschlossen werde. Es genüge, wenn der Wille, die einzelnen neu angeschafften Waren auf Grund des bestehenden Rechtsverhältnisses als Eigentum des Vertragsgegners zu besitzen, erkennbar zu Tage trete. Eine Entscheidung in Gruchots Beiträgen[114] heranziehend, stellt das Urteil fest, daß das antizipierte Besitzkonstitut auch schon während der Geltung des gemeinen Rechts zugelassen war.

Das Urteil vom 21. 5. 1909[115] beruft sich gleichfalls auf RGZ. 56 S. 52, ohne Neues zu bringen.

111) RGZ. Bd. 56, S. 52.
112) J.W. 1907, S. 747.
113) Warn. R. 1908, Nr. 62.
114) Bd. 47, S. 987.
115) Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 1045.

Das Urteil vom 30. 9. 1910[116] meint, Bedenken gegen einen in die Zukunft gerichteten Uebereignungsvertrag würden sich nur ergeben, wenn in der Zwischenzeit eine den späteren Erwerb des mittelbaren Besitzes der Klägerin ausschließende Aenderung in der Willensrichtung des im unmittelbaren Besitze verbliebenen Gemeinschuldners ein- und hervorgetreten sei.

Das Urteil vom 15. 6. 1911[117] beruft sich auf RGZ. Bd. 56 S. 52 und Warneyers Rechtsprechung 1908 Nr. 62. Es sagt weiter, die Verpflichtung, die entnommenen Waren durch andere zu ersetzen, sei an sich obligatorisch, aber die Ersatzwaren seien derselben dinglichen Einigung wie die anderen Waren durch die weitere Vereinbarung unterworfen, daß mit der Einbringung der Ersatzwaren in die für den Kläger reservierten Räume die Waren Eigentum des Klägers geworden seien und der Veräußerer sie ebenfalls nur als Verwahrer besitzen solle. Der Veräußerer brauchte bei der Einbringung nicht mehr mit sich selbst zu kontrahieren, da er nicht Vertreter der Klägerin gewesen sei. Der Veräußerer habe der Vereinbarung gemäß gehandelt, indem er die Waren in die für sie bestimmten Räume brachte. Dadurch sei auch sein Uebereignungswille erkennbar geworden, ferner ließen sich so die übereigneten Waren im einzelnen feststellen.

Im Urteil vom 14. 11. 1911[118] wird es als ausreichend angesehen, daß vereinbart wurde, die dazu kommenden Waren sollten in den Laden gebracht und mit dem alten Bestande vereinigt werden, und daß entsprechend gehandelt wurde. Die vom Berufungsrichter angewandte Stellvertretung in Verbindung mit Selbstkontrahieren nach § 181 BGB. wird auch hier verworfen.

Das Urteil vom 21. 5. 1912[119] stellt fest, daß die Erkennbarkeit der Eigentumsübertragung mittels des antizipierten Besitzkonstituts für Dritte nicht gefordert werden könne. Dies steht im Einklang mit den für das Besitzkonstitut ganz allgemein seiner Natur nach geltenden Regeln. Im übrigen steht das Urteil auf dem gleichen Standpunkt wie die mitgeteilten Entscheidungen.

116) Recht 1910, Nr. 4091.
117) J.W. 1911, S. 762.
118) J.W. 1912, S. 144.
119) J.W. 1912, S. 797.

Das Urteil vom 21. 1. 1913[120] lehnt gleichfalls die Konstruktion der stillen Stellvertretung ab. Nach Berufung auf das vorstehend genannte Urteil sagt es, der Wille des Veräußerers, die neu erworbenen Gegenstände als Eigentum des Vertragsgegners zu besitzen, müsse für diesen erkennbar in die Erscheinung treten.

Das Urteil vom 17. 12. 1915[121] legt gleichfalls Wert auf den Willen des Veräußerers, die Ersatzstücke vertragsgemäß für den Vertragsgegner zu besitzen. Er sei ausreichend dadurch zu erkennen gegeben, daß der Veräußerer die Ersatzstücke mit den anderen übereigneten Sachen in seinem Gewerbebetriebe benutzt habe. Einer besonderen Mitteilung an den Vertragsgegner, daß und welche Ersatzstücke angeschafft waren, bedürfe es zur Uebertragung des Eigentums nicht.

Das Urteil vom 1. 5. 1917[122] meint, daß vereinbart werden könne, daß der Sicherungsgeber Waren nur als Kommissionär, d. h. für Rechnung des Sicherungsnehmers, verkaufen dürfe, sodaß die Forderungen gegen die Käufer und die erzielten Erlöse im Innenverhältnis dem Gläubiger zustehen sollen, daß ferner der Schuldner in bestimmten Zeitabschnitten dem Gläubiger Rechnung legen, die eingezogenen Gelder an ihn abführen und dessen Weisungen in bestimmtem Umfange folgen müsse. Das Urteil erklärt aber eine so weitgehende Bindung des Sicherungsgebers nicht für notwendig, es betont vielmehr, daß dem Schuldner eine wesentlich freiere Stellung eingeräumt, insbesondere der Verkauf der Waren für eigene Rechnung zugestanden werden könne, während ihm nur die Ergänzung des Warenlagers zu einem bestimmten Wertstande zur Pflicht gemacht werde, ohne daß dabei eine weitgehende Aufsicht des Gläubigers stattfinde.

Die Ansicht, daß die mehr oder minder größere Abhängigkeit des Schuldners von den Weisungen und der Aufsicht des Gläubigers nicht zum Kriterium für das Vorliegen eines dem § 868 BGB. genügenden Rechtsverhältnisses gemacht werden könne, wurde bereits als berechtigt anerkannt. Treffend ist in dem Urteil auch die Formulierung, daß es angesichts des antizipierten Besitzkonstituts einer Mitwirkung des

120) J.W. 1913, S. 432—434.
121) Recht 1916, Nr. 464.
122) Recht 1917, Nr. 1422/23.

Sicherungsnehmers zu dem Eigentumsübergang nicht mehr bedurfte. Es verneint deshalb die Notwendigkeit der Benachrichtigung des Sicherungsnehmers durch den Sicherungsgeber von der Anschaffung neuer Waren (vgl. hierzu das oben mitgeteilte Urteil vom 17. 12. 1915).[123]

Von neueren, das antizipierte Besitzkonstitut anerkennenden Entscheidungen seien genannt die Urteile vom 4. 5. 1920[124], vom 9. 3. 1926[125], vom 8. 11. 1927[126], vom 2. 12. 1927[127] und vom 4. 6. 1929[128].

Schlussbetrachtung.

Die mitgeteilten Entscheidungen behandeln sämtlich nach einheitlichen Grundsätzen Sicherungsübereignungen von Warenlagern mit wechselndem Bestande. Sie sind der Wall, der dieses Institut gegen die immer wieder sich erneuernden Angriffe schützt. Es ist zu begrüßen, daß die Rechtsprechung trotz einer zahlreichen und leidenschaftlichen Gegnerschaft einem Institut die rechtliche Anerkennung gewährt hat, das sich im Rechtsverkehr als Ergänzung des allgemein als ungenügend empfundenen Faustpfandrechts herausgebildet hat. Niemand hält die Sicherungsübereignung für ideal, niemand verkennt die auf ihrer Unersichtlichkeit beruhenden Gefahren. Aber sie dient einem dringenden wirtschaftlichen Bedürfnis und sie steht mit dem geltenden Rechte in Einklang. Diesen beiden Gesichtspunkten hat sich das Reichsgericht nicht verschlossen. Den in der Sicherungsübereignung liegenden Gefahren sucht es durch die Anforderungen, die es in rechtlicher Hinsicht stellt, entgegenzuwirken.

Ob der Sicherungsübereignung eine lange Lebensdauer beschieden sein wird, steht dahin. Es besteht die Möglichkeit, daß das Registerpfandrecht an beweglichen Sachen einmal ihre Stelle einnimmt. Die Stimmen mehren sich, die seine Einführung fordern. In vielen Ländern ist es bereits in größe-

123) Recht 1916, Nr. 464.
124) Recht 1920, Nr. 2858/59.
125) RGZ. Bd. 113, S. 57.
126) RGZ. Bd. 118, S. 364.
127) Warn. R. 1928, 23.
128) J.W. 1929, S. 2149.

rem oder kleinerem Umfange eingeführt worden.[129] Auch bei uns sind Anfänge vorhanden.[130] Aber auch wenn es zur Schaffung des Registerpfandrechts kommen sollte, so ist damit noch nicht gesagt, daß es die Sicherungsübereignung vollkommen zu ersetzen vermöchte, da es aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit nicht ohne weiteres auf alle Arten von wirtschaftlichen Gütern erstreckt werden kann, die jetzt dem Kredit auf demWege der Sicherungsübereignung dienstbar gemacht werden.

Abschließend kann gesagt werden, daß die Entwicklung des Mobiliarpfandrechts sich trotz der Anerkennung der Sicherungsübereignung noch in vollem Fluß befindet und daß seine endgültige Gestaltung noch nicht abzusehen ist. Fest steht nur, daß das die Besitzüberlassung voraussetzende Faustpfandrecht sich gegenüber den Bedürfnissen des modernen Wirtschaftslebens als nicht ausreichend erwiesen hat.

---

129) z. B. in England; die Schweiz kennt die Viehverschreibung; Italien hat ein Automobilregister; in Schweden kann Getreide, in Norwegen können Bergwerkserzeugnisse durch Registereintragung verpfändet werden; Polen hat seit 1928 ein landwirtschaftliches Registerpfandrecht; die Tschechoslovakei und Ungarn bereiten Gesetze die Mobiliarhypothek betreffend vor.

130) Vgl. das Schiffspfandrecht nach §§ 1259 ff. BGB., das durch Gesetz vom 4. 7. 1926 (RGBl. S. 367) auf im Bau befindliche Schiffe und durch Gesetz vom 31. 5. 1925 (RGBl. S. 37) auf Hochseekabel ausgedehnt worden ist. Eine Art Registerpfandrecht, das durch Einigung und Niederlegung des Verpfändungsvertrages bei dem zuständigen Amtsgericht entsteht, enthält auch das Gesetz betreffend die Ermöglichung der Kreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. 7. 1926 (RGBl. S. 399).

Lebenslauf.

Ich bin am 24. September 1900 als Sohn des kgl. preuß. Premierlieutnants Friedrich Rahn und seiner Ehefrau Ella, geb. Mattner, in Lyck (Ostpr.) geboren. Meine erste Schulbildung erhielt ich in Darkehmen in Ostpreußen. Alsdann besuchte ich das humanistische Auguste Viktoria-Gymnasium in Posen und darauf das Königl. Wilhelms-Gymnasium in Stettin. Im Jahre 1916 kehrte ich infolge Rückversetzung meines Vaters an das Auguste Viktoria-Gymnasium in Posen zurück. Dort bestand ich im Mai 1918 das Notabitur. Am 1. Juli 1918 trat ich als Seekadett in die Kaiserliche Marine ein. Einige Wochen nach Abschluß des Waffenstillstandes erfolgte meine Entlassung. Anfang 1919 fand ich im Sturmbataillon von Arnauld de la Perière der Marinebrigade von Loewenfeld erneut militärische Verwendung. Nachdem ich während der Kämpfe dieser Truppe gegen die im Ruhrgebiet gebildete Rote Armee im Frühjahr 1920 verwundet worden war, schied ich mit dem Charakter als Fähnrich zur See aus dem aktiven Dienst und widmete mich in Breslau und München germanistischen und historischen Studien. Als sich mir im Frühjahr 1922 beim deutschen Roten Kreuz in Berlin eine Beschäftigung bot, brach ich das Studium ab. Nach der Stabilisierung der Währung wandte ich mich im Wintersemester 1923/24 in Breslau dem juristischen Studium zu. Hier bestand ich am 17./18. Februar 1927 das Referendarexamen und im Juli desselben Jahres die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 1. Mai 1927 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst.